

ISSN 2526-2114 (ONLINE)

Jurisvox



Revista Jurídica do Centro Universitário de
Patos de Minas

NÚMERO 20, DEZ. 2019

Jurisvox

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM | Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor

Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Henrique Carivaldo de Mirando Neto

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças

Renato Borges Fernandes

Coordenadora de Extensão

Adriana de Lanna Malta Tredezini

Diretora de Graduação

Maria Marta do Couto Pereira Rodrigues

Coordenador do Núcleo de Editoria e Publicações

Geovane Fernandes Caixeta

A Revista **Jurisvox** é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, destinado à publicação, por discentes e docentes, de artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do UNIPAM

J959 JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas [recurso eletrônico]. – Dados eletrônicos. – Vol. 1, n. 1 (ago. 1999)-. – Patos de Minas : UNIPAM, 1999-

Anual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Anual: 2016-
Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>
ISSN 1516-778X (impresso)
ISSN 2526-2114 (on-line)

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências jurídicas I. Centro
Universitário de Patos Minas. II. Título.

CDD 340.5

Centro Universitário de Patos de Minas

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras

38702-054 Patos de Minas-MG Brasil

Telefax: (34) 3823-0300 web: www.unipam.edu.br

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Telefone: (34) 3823-0341

<http://nep.unipam.edu.br>

Jurisvox

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 2526-2114

Número 20/dez. de 2019

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, n. 20: 1-189



Centro Universitário de Patos de Minas



Núcleo de Editoria e Publicações

Jurisvox © Revista do Centro Universitário de Patos de Minas
<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox>
e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho Editorial Interno

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães (UNIPAM)
Guilherme Caixeta Borges (UNIPAM)
Joamar Gomes Vieira Nunes (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Sabrina Nunes Borges (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho Consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão Geral e Diagramação

Núcleo de Editoria e Publicações

Sumário

Análise do movimento antivacina contemporâneo à luz da obra <i>Crítón</i> de Platão.....	06
<i>Maria Eduarda Camargo Pereira</i> <i>Helen Correa Solis Neves</i>	
Sociedade, outsiders e poder disciplinar: panorama do sistema prisional da República Federativa do Brasil.....	22
<i>Douglas Vasconcelos Barbosa</i>	
Pode Eduardo Cunha embolsar os lucros provenientes da publicação de sua autobiografia?.....	35
<i>Enes Roberto Pessoa</i> <i>Matheus Amâncio Correa</i>	
A tributação dos jogos de azar.....	43
<i>Geovana Gomes Fonseca</i>	
Testamento vital e as diretivas antecipadas da vontade.....	62
<i>Júlia Martins da Cunha Machado</i> <i>Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães</i>	
A evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais em Angola desde a Constituição de 1975 e sua incidência na lei geral do trabalho de 2015.....	82
<i>Laís Araújo Loureiro</i>	
Experimentação animal na indústria cosmética: uma análise da personalidade jurídica e dos direitos fundamentais dos seres não humanos.....	97
<i>Luiza Cardoso Boaventura Vinhal</i> <i>Fernanda Barcelos Rocha</i>	
O direito da personalidade dos transexuais e a problemática do banheiro.....	112
<i>Mariana Araújo Camargos</i>	
A coerência e a integridade como respostas à discricionariedade judicial.....	130
<i>Monalisa Abadia Oliveira Álvaro</i>	
A inconstitucionalidade material do art. 225 da Lei 13.718/18 no ajuizamento da ação penal no crime de estupro e a esfera vitimológica.....	139
<i>Rafaela dos Santos Lagares</i> <i>Ulisses de Oliveira Simões</i>	
A aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais.....	161
<i>Sthéffane Cristina de Sousa Silveira</i>	
A tutela da mulher contra atos de violência e a adoção de políticas públicas pelo Estado.....	171
<i>Fabiane Batista Araujo</i>	

Análise do movimento antivacina contemporâneo à luz da obra *Crítton*, de Platão

Analysis of the contemporary anti-vaccine movement in the light of Plato's Crítton

Maria Eduarda Camargo Pereira

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: mariaeduarda.camargo@yahoo.com.br

Helen Correa Solis Neves

Graduação em Direito pela Universidade de Uberlândia (1996). Mestre em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília (2005). Professora orientadora do presente artigo.

E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: O presente ensaio tem como escopo abordar as relações existentes acerca do movimento antivacina contemporâneo e a obra *Crítton*, de Platão. Para isso, o tema em questão foi dividido em três tópicos. Em primeiro lugar, foi analisada a obra em pauta, a fim de tornar possível a compreensão do artigo. Ademais, ainda no primeiro tópico, foi compreendida a história e os ensinamentos de Sócrates e de Platão. Em segundo lugar, o movimento antivacina foi estudado, não somente o movimento contemporâneo, mas o histórico, representado pela Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro em 1904, a fim de perceber as diferenças existentes acerca das duas fases desse movimento. Em terceiro lugar, foi relacionada a obra em pauta com o movimento antivacina, a fim de entender a maneira como Sócrates, segundo seus ensinamentos contidos em *Crítton*, perceberia tal movimento. Por fim, delimitou-se que existem intensas relações entre os pensamentos socráticos e o movimento antivacina, pois Sócrates era extremamente crítico a diversas características que estão presentes nesse movimento.

Palavras-chave: *Fake news*. Sócrates. Vacina. Senso crítico.

Abstract: The aim of this essay is to approach the existing relations about the contemporary anti-vaccine movement and Plato's work *Crito*. For this, this theme was divided into three topics. First, the book was analyzed in order to make the article possible to understand. Moreover, considering the first topic, the history and the teachings of Socrates and Plato were understood. Second, the anti-vaccine movement was studied, not only the contemporary movement, but the historical one, represented by the Vaccine Uprising, which occurred in Rio de Janeiro in 1904, so as to understand the differences between the two phases of this movement. Third, Plato's book was related to the anti-vaccine movement to understand how Socrates, according to his teachings contained in *Crito*, would perceive this movement. Finally, it was delimited that there are intense relations between the Socratic thoughts and the anti-vaccine movement, since Socrates was extremely critical to several characteristics that are present in this movement.

Keywords: *Fake news*. Socrates. Vaccine. Critical sense.

1 Introdução

As obras platônicas são fundamentais para a vida contemporânea, já que, além de repassar os ensinamentos fornecidos por Sócrates, elas incentivam reflexões essenciais para a sociedade moderna. Sendo assim, uma das reflexões mais relevantes para os dias atuais é a análise do pensamento crítico, pois, em um mundo informatizado e repleto de informações disponíveis em todo o momento, é preciso que a população esteja disposta a refletir para não ser enganada. Nem todas as informações contidas nos meios de comunicação, especialmente na internet, são confiáveis, logo é necessário que o senso crítico seja sempre utilizado.

Dessa forma, na contemporaneidade, é fato que o movimento antivacina está diretamente relacionado ao pensamento socrático existente na obra de Platão. A obra *Críton*, de Platão, apresenta uma reflexão de Sócrates a respeito do senso comum existente na sociedade e, além disso, do contraste existente entre a opinião pública e a opinião do especialista. Assim, os assuntos mencionados anteriormente possuem intensa relevância para a análise do movimento antivacina contemporâneo, o que por si só demonstra o quanto a obra platônica é atual. Nesse ínterim, qual a contribuição que a obra de Platão pode oferecer para a análise do movimento antivacina?

Primeiramente, nesse artigo será contemplada a história existente por trás dos filósofos em questão e de seus pensamentos e obras. Assim, será feito um estudo da vida de Platão, bem como de seus princípios e ensinamentos, tal como o que defendia e o que acreditava que faria bem à sociedade. Além disso, a biografia de Sócrates também terá espaço neste artigo, já que a obra *Críton* é uma das expressões mais claras do pensamento socrático a respeito de muitos assuntos, como justiça e senso comum. Dessa maneira, a vida e a morte de Sócrates serão objetos de estudo, a fim de compreender a filosofia socrática antes de aplicá-la à vida contemporânea. Esse estudo é fundamental para que seja possível relacionar o pensamento filosófico em questão ao movimento antivacina.

Ainda no primeiro tópico, a obra *Críton*, a qual é o objeto de estudo deste artigo, será detalhada, com a finalidade de contextualizar todas as reflexões que serão feitas posteriormente. Essa contextualização é de imensa importância para o entendimento do artigo, já que nem todos possuem a oportunidade de ter contato com obras filosóficas clássicas ou de analisá-las criticamente.

Em segundo lugar, é essencial para a finalidade deste artigo que seja feito um estudo direcionado do movimento antivacina em suas duas formas: histórica, por meio da Revolta da Vacina, e contemporânea. A Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro, representa o marco inicial de um movimento contra o processo de vacinação obrigatória ocorrida na então capital do país. A contextualização histórica é importante para compreender que a resistência à vacinação não é algo que surgiu recentemente, entretanto as circunstâncias e os motivos de ambas as formas do movimento são distintas e merecem ser considerados. Ainda neste tópico, a contemplação do movimento social e suas formas também terão espaço para que seja feita a sua análise, já que o movimento antivacina é um movimento social da modernidade.

Ainda no segundo tópico, faz-se necessário o ensaio acerca da contemporaneidade do movimento antivacina, tal como o que ele representa para a sociedade moderna. Ademais, a sociedade midiaticizada apresenta diversos riscos à

veracidade da informação, considerando que a propagação de notícias falsas é uma das maiores preocupações da modernidade. Posteriormente, é preciso compreender a deficiência existente no sistema educacional e que tal deficiência prejudica, futuramente, toda a sociedade.

Já no terceiro tópico, será explicitada toda a relação existente acerca dos dois tópicos anteriores e seus conteúdos, a fim de encontrar a ligação existente entre o pensamento socrático e o movimento antivacina, já que Sócrates reflete a respeito do contraste que há entre opinião do especialista e a opinião da multidão e a respeito do senso crítico. Ademais, também no terceiro tópico, será estudada a influência e o papel exercidos pelos meios de comunicação na sociedade contemporânea e como tal influência está relacionada com o movimento antivacina e, conseqüentemente, com o pensamento exposto por Sócrates.

Ainda no terceiro tópico, a questão jurídica deverá ser contemplada, a fim de evidenciar se os pais que escolherem não vacinar seus filhos podem estar transgredindo o ordenamento jurídico, já que evitar a vacinação representa, de fato, grande perigo, não apenas para aquela pessoa, mas também para toda a sociedade. Assim, mais uma vez, os pensamentos socráticos mostram-se importantes para a sociedade contemporânea e para o presente artigo, já que ele sempre partia do princípio da obediência às leis.

Dessa maneira, após abordar e refletir todos os temas citados acima, será possível concluir qual a contribuição que a obra de Platão pode oferecer para a análise do movimento antivacina. Essa conclusão só será possível após intensa reflexão acerca dos assuntos apontados anteriormente.

2 Obra e discussão sobre senso comum em Platão

Platão nasceu, segundo Castilho (2019, p. 50-52), em 428 a. C. e foi o principal discípulo de Sócrates e, graças a ele, hoje o mundo moderno possui acesso aos pensamentos de seu mestre. Platão veio de uma família rica aristocrata e foi quem registrou, de forma mais completa, os ensinamentos de Sócrates. Além de exercer tal função, foi o fundador da *Academos*, uma escola que ensinava ciências, retórica e filosofia. Assim, Platão foi, acima de tudo, um educador que acreditava que a educação, do corpo e da mente, era o que conseguiria resolver os problemas humanos existentes na ordem social. Ademais, esse filósofo defendia que a educação deveria ser oferecida pública e gratuitamente pelo Estado, pois, segundo ele, era de interesse estatal que os homens fossem instruídos e trabalhassem pelo bem da pólis.

Já Sócrates era, segundo Castilho (2019, p. 49-50), pobre. Filho de uma parteira, ensinava onde pudesse reunir seus alunos e, ao contrário de seu discípulo Platão, não criou uma escola para que pudesse ensinar a seus discípulos. Foi um homem que sempre teve como princípio de seus pensamentos e de suas atitudes a ética (CASTILHO, 2019, p. 49):

Sócrates percorria a cidade de Atenas, praticando a sua técnica do diálogo com os jovens, sempre em lugares públicos. Essa técnica, chamada maiêutica, ou parto de ideias, consistia em manter um diálogo irônico que conduzia o interlocutor a aprender e a atingir conclusões. Se pensamento tinha uma sólida base ética.

Achava que o homem chegava a ser virtuoso quando alcançava o conhecimento (“Conhece-te a ti mesmo”, dizia ele) e em decorrência do conhecimento inclinava-se à obediência da lei – para Sócrates, a obediência à lei era o que diferenciava o homem do bárbaro.

Segundo Peixoto (2010, p. 664-666):

Atenas foi pioneira quanto à instituição da democracia: o poder político, as decisões administrativas e políticas da cidade, os rumos e destinos da sociedade estavam sob a responsabilidade não mais de uma pessoa ou de um grupo, mas de todos os que eram considerados cidadãos. Isso obrigou os atenienses a desenvolverem a arte política, a arte do debate, da crítica, da argumentação, do ouvir o outro, do contestar, do votar, do decidir, da consideração do que era justo e injusto e do executar as decisões do coletivo.

Assim, o ambiente em que Sócrates viveu foi propício para que ele pudesse desenvolver suas habilidades argumentativas e reflexivas, pois, historicamente, era um momento revolucionário, já que a Democracia começava a tomar forma. Dessa maneira, o pensador desenvolveu um pensamento crítico, que ia de encontro ao senso comum. Assim, Sócrates criticou as convenções atenienses e ensinou os jovens da pólis a fazerem o mesmo. Ele contestou dogmas instaurados na sociedade e, devido a isso, foi acusado de corromper a juventude e negar os deuses da pólis. Nesse ínterim, foi condenado à morte pela ingestão de cicuta.

Para Peixoto (2010, p. 668):

A sua condenação à morte demonstra que filosofar pode ser um perigo para a própria vida, porque o pensar filosófico é um pensar livre, seu compromisso é com a verdade, por isso é um pensar crítico, autônomo e criativo. A crítica e a verdade presentes no pensamento de Sócrates incomodavam porque superavam as superficialidades, as aparências, o particular e revelavam as essências, o universal, os fundamentos das coisas. Sua filosofia desinstalava as pessoas do seu comodismo; oferecia elementos que lhes permitiam esclarecer e julgar o sentido do mundo, seja ele o da política, do trabalho, da educação, do pensamento, da cultura.

Ao criticar o senso comum e propor à sociedade que saísse do comodismo do senso comum, foi preso e sentenciado à morte. Esse fato demonstra, por si só, que aqueles que se dispõem a questionar os dogmas instaurados em uma sociedade correm riscos, podendo perder inclusive a vida.

Sócrates demonstrou lidar com a morte de uma maneira diferente, pois em nenhum momento se mostrou desesperado com a sentença que recebeu. Foi um filósofo que seguiu sereno até seu último dia de vida, provavelmente porque tinha orgulho do que havia ensinado e não se arrependeu do que fez.

A obra *Críton* ou *O dever*, escrita por Platão, relata exatamente o momento em que o amigo rico de Sócrates, Críton, adentra a cela do filósofo, a fim de tentar convencê-lo a fugir e a não cumprir a pena dada a ele. Nesse contexto, os dois mantêm um diálogo

acerca do senso comum, do conceito de justiça e do valor e influência da opinião popular e da opinião do especialista.

Inicialmente, Críton acorda Sócrates, que estava dormindo profundamente, para avisar que sua morte estava próxima. O amigo rico lamentava perder uma amizade tão importante e, ainda nessa passagem, afirma que a morte de Sócrates seria mais dolorosa para ele e seus demais amigos do que para o próprio filósofo, que se mostrava calmo. No decorrer da obra, Críton demonstra que a amizade de Sócrates era especial e diz que nunca mais irá encontrar uma relação tão única como a que havia entre os dois.

Críton afirma:

Contudo, meu pobre Sócrates, ainda uma vez, dá-me ouvidos e põe-te a salvo; porque, para mim, se vieses a morrer, a desdita não será uma só; à parte a perda de um amigo como não acharei nenhum igual, acresce que muita gente, que não nos conhece bem, a mim e a ti, pensará que eu, podendo salvar-te, se me dispusesse a gastar dinheiro, não me importei. Ora, existe reputação vergonhosa do que a de fazer caso do dinheiro que dos amigos? O povo não vai acreditar que tu é que não quiseste sair daqui, a despeito de o querermos nós mais que tudo. (PLATÃO, 2019, n.p).

Para Críton, Sócrates deveria fugir da prisão utilizando-se do poder econômico do amigo. Ele se preocupava com o que poderia a população pensar a seu respeito, já que, como levava uma vida abastada, teria a oportunidade de custear a fuga do filósofo e sustentá-lo em outra cidade ou país.

Assim sendo, os dois começam uma discussão acerca do valor da opinião da multidão. Segundo Críton (2019, n.p), “Os fatos mesmos de agora dizem claro que o povo é capaz de fazer, não os mais pequeninos dos males, mas como que os maiores; basta que entre eles se espalhem calúnias contra alguém”. Ou seja, para ele, o povo poderia acabar com a vida de alguém apenas acusando falsamente alguém, o que aconteceu com Sócrates, já que ele foi acusado falsamente de corromper a juventude e negar os deuses da pólis e, devido A essa acusação, perdeu a sua vida.

Outrossim, para Críton, a atitude de Sócrates de escolher obedecer às leis, mesmo não concordando com a sentença dada a ele, era injusta. Na seguinte passagem, ele deixa claro o que pensa sobre o amigo se entregar e mostra-se preocupado com o futuro dos filhos de Sócrates, que se tornariam órfãos:

Demais, Sócrates, acho que cometes uma injustiça entregando-te, quando te podes salvar; estás trabalhando para que te aconteça exatamente aquilo a que visariam teus inimigos, a que visaram quando decidiram tua perda. Demais a mais, ao meu ver, traiçoa também os teus filhos; podendo criá-los e educá-los, tu queres ir-te, abandonando-os; no que te concerne, fiquem eles entregues à sua sorte; a deles, é natural, será a sorte costumeira dos que caem na orfandade. A gente deve ou não ter filhos, ou sofrer juntamente com eles, criando-os e educando-os. Tu me dás a impressão de estarem escolhendo a sua maior comodidade. (PLATÃO, 2019, n.p).

Assim, Sócrates (2019, n.p) pede para que o amigo não insista e inicia outro questionamento, retomando um assunto tratado anteriormente: “Será retomando, em primeiro lugar, aquela razão que alegas a propósito das opiniões? Estávamos certos ou errados ao repetirmos que das opiniões umas devemos acatar, outras não?”. Para o filósofo, algumas opiniões deveriam ser acatadas, já outras, não. Para ele, a opinião do especialista devia ser sempre levada em consideração, já que ele iria possuir maior conhecimento acerca do assunto. Segundo Sócrates, aquele que seguisse a opinião da multidão e não seguisse a do especialista estaria prejudicando-se imensamente:

Logo, meu excelente amigo, não é absolutamente com o que dirá de nós a multidão que nos devemos preocupar, mas com o que dirá a autoridade em matéria de justiça e injustiça, a única, a Verdade em si. Assim sendo, para começar, não apontas o bom caminho quando nos prescreves que nos inquietemos com o pensamento da multidão a respeito do justo, do belo, do bem e de seus contrários. A multidão, no entanto, dirá alguém, é bem capaz de nos matar. (PLATÃO, 2019, n.p).

Por meio desse pensamento, Sócrates diz ao amigo que, já que a opinião do especialista era dotada de maior valor, então, deveriam seguir o que os especialistas da justiça diziam e ignorar a opinião da multidão. Assim, justamente por desejar seguir o pensamento dos especialistas, Sócrates disse que iria obedecer às leis e cumprir a sentença que lhe havia dado.

A fim de convencer o amigo de que fugir da prisão não seria justo, Sócrates propõe um debate de ideias, assim, caso Críton conseguisse provar, por meio de argumentos, que a sua fuga seria algo justo, eles iriam tentar escapar. Entretanto, caso Sócrates comprovasse a sua teoria de que fugir era algo injusto e ruim, ele iria permanecer na prisão e cumpriria a pena. Assim, o pensador começa sua reflexão afirmando que nunca se deve proceder contra a justiça e que nunca se deve retribuir à injustiça mais injustiça. Para ele, “Em suma, não devemos retribuir a injustiça, nem fazer mal a pessoa alguma, seja qual for o mal que ela nos cause” (2019, n.p).

Sócrates continua sua reflexão afirmando que, em todos os momentos de sua vida, as leis de Atenas foram boas e suficientes e ele as seguiu. Então, agora não seria diferente, mesmo que ele não concordasse com sua sentença, ele a cumpriria como sempre fez com as demais decisões e legislações da pólis. Além disso, se Sócrates permaneceu em Atenas e escolheu construir sua vida lá, foi porque ele acatou as leis da pólis, ou seja, Atenas e suas leis tinham sido suficientes. Em nenhum momento de sua vida, Sócrates cogitou morar em outra cidade, pois onde ele vivia agradava-o e satisfazia suas necessidades. Dessa forma, ele afirma que a lei consideraria a sua fuga injusta, pois Atenas havia sido seu berço e de seus filhos, lá ele havia sido educado e pôde educar. Logo, seria injusto que, naquele momento, por não considerar justa a sua morte, ele fugisse com a ajuda de Críton. Sendo assim, Críton encontra-se sem argumentos capazes de refutar as reflexões de Sócrates e desiste de tentar convencer o amigo a fugir.

Considerando os argumentos e análises realizados, faz-se necessária a discussão acerca do movimento antivacina, pois, como visto anteriormente acerca do pensamento socrático, a opinião do especialista deveria sempre ser levada em consideração e, a

respeito dos integrantes desse movimento, as pesquisas científicas acerca do assunto não são consideradas. Além disso, também é essencial compreender a historicidade existente na resistência populacional a vacinar-se, a fim de que seja possível notar as diferenças entre o movimento passado e o contemporâneo.

3 O movimento antivacina – realidade ou fake news?

A Revolta da Vacina, ocorrida em 1904, no Rio de Janeiro, foi, sem dúvidas, uma das mais marcantes de toda a história contemporânea, já que foi um movimento popular independente, como contextualiza Porto (2003, online):

A população da cidade revoltou-se contra o plano de saneamento, mas, sobretudo, com a remodelação urbana feita pelo presidente Rodrigues Alves (1902-1906), que decidiu modernizar a cidade e tomar medidas drásticas para combater as epidemias. Cortiços e casebres, que compunham inúmeros quarteirões dos bairros centrais, foram demolidos, e deram lugar a grandes avenidas e ao alargamento das ruas, seguindo o modelo de urbanização dos grandes bulevares parisienses. A população local foi desalojada, refugiando-se em barracos nos morros cariocas ou em bairros distantes na periferia. As favelas começaram a se expandir.

Assim, o movimento foi legítimo, já que o poder público agiu com tamanha truculência e não procurou sanar a desinformação populacional. Ainda segundo Porto (2003, online), “Durante uma semana, as ruas do Rio viveram uma guerra civil. Segundo a polícia, o saldo negativo foi de 23 mortos e 67 feridos, tendo sido presas 945 pessoas, das quais quase a metade foi deportada para o Acre, onde foi submetida a trabalhos forçados”.

O governo carioca e o governo federal desejavam sanear a cidade do Rio de Janeiro, à época capital do Brasil, entretanto, toda mudança na sociedade deve ser acompanhada de informações à população, o que esteve em falta nesse momento histórico. Souza (2019, online) afirma:

Tanto a revolta da população contra uma lei que se destinava a protegê-la quanto os meios violentos que as autoridades empregaram para impor a medida hoje parecem surpreendentes. Em nenhum momento antes da determinação, o governo levou à população informações que pudessem esclarecer a importância da ação profilática. Diante da falta de adesão e informações, criou-se um ambiente fértil para todo tipo de especulação.

Logo, fica explícito que a falta de informação foi o principal catalisador para a reação populacional. Toda atitude deve vir acompanhada de conhecimento, justamente para evitar desentendimentos como o citado anteriormente.

Para Lakatos e Marconi (1999, p. 309-311), os movimentos sociais apresentam-se sob várias formas, e o que permite que seja feita a diferenciação é o conteúdo de cada um. Um dos movimentos sociais estudados na obra foi o movimento regressivo: “Também denominados reacionários, consistem numa tentativa de retornar às

condições imperantes em um momento anterior. Nasceram, geralmente, do descontentamento com a direção e as tendências de determinada mudança”. Logo, talvez seja possível considerar movimento antivacina como um movimento regressivo, já que ele deseja convencer as pessoas a não vacinarem seus filhos ou se vacinarem, voltando a um período mais arcaico, em que a sociedade ainda não tinha conhecimento do benefício da vacina, tal qual a época da Revolta da Vacina ocorrida no Rio de Janeiro. Portanto, ao contrário do que muitos afirmam, o movimento antivacina não é conservador, pois a sua finalidade não é conservar o pensamento a respeito da vacinação, mas regredir.

Nesse contexto, no passado o movimento antivacina mostrou-se presente no meio social brasileiro por meio da Revolta da Vacina, ocasionada pela falta de informação por parte do povo. Porém, na contemporaneidade, também existe uma justificativa para a existência desse movimento?

Contemporaneamente, o movimento antivacina foi acrescentado na lista feita pela Organização Mundial de Saúde (OMS) de dez maiores ameaças à saúde em 2019, segundo o portal de notícias *O Globo* (2019, online), pois, segundo a organização, o movimento ameaça o progresso feito no combate às doenças evitáveis por meio da vacinação. Assim, diversos fatos influenciam diretamente na popularização de tal movimento, dentre eles, as *fake news*, impulsionadas pelos meios de comunicação presentes na sociedade contemporânea. Uma das *fake news* mais conhecidas constantemente utilizada pelos membros do movimento antivacina é a que a vacina seria causadora do autismo e por isso crianças não deveriam ser vacinadas.

A sociedade atual é midiaticizada, ou seja, a maioria das pessoas possui acesso a algum meio de informação e esse fato facilita a propagação das *fake news*. De acordo com o portal de notícias G1 (2018, online), segundo a ONU, mais da metade da população mundial usa internet. Esse percentual é mais acentuado nos países europeus, os quais apresentavam, em 2018, 76,6% de sua população conectada à internet. Ou seja, praticamente todas as pessoas possuem acesso à informação em momento e nem todas possuem fontes confiáveis ou conteúdos verídicos.

As *fake news*, propagadas por meio da mídia, especialmente pela internet, influenciam diretamente o comportamento da sociedade e isso não foi diferente com os adeptos ao movimento antivacina. Segundo Vasconcellos-Silva, Castiel e Griep (2015, online):

Segundo tais padrões, as crianças subimunizadas vivem sob condições sócio-econômico-educacionais adversas: filhos de mães mais jovens e solteiras com baixa escolaridade e residentes em vizinhanças pobres de grandes centros. Em contraste, as crianças absolutamente não imunizadas eram filhos (o sexo masculino predomina, por motivos explicitados adiante) de mães casadas, com alto nível de escolaridade, que residem em vizinhanças com renda acima da média nacional e contam com amplo acesso aos meios de comunicação de massa. Grande parte dos casais “não vacinadores” expressou enfáticas preocupações acerca dos efeitos ocultos das vacinas, sobretudo concernentes à condição neurológica do autismo. Também admitiram que seus pediatras exerciam pouca ou nenhuma influência sobre as decisões familiares nesse campo. Sabe-se que, entre as 17.000 crianças não vacinadas anualmente, uma significativa maioria

reside em estados americanos que não obrigam os pais à vacinação desde que estes aleguem “motivos filosóficos”.

Assim, por meio dessa passagem, fica claro que o problema não reside na falta de formação acadêmica da sociedade, pois, como citado anteriormente, os pais das crianças absolutamente não imunizadas possuíam alto nível de escolaridade e amplo acesso aos meios de massa, o que demonstra claramente a influência dos meios de comunicação na formação de pensamentos na contemporaneidade. Além disso, o medo por parte dos pais a respeito da possibilidade de seus filhos “contraírem autismo” também demonstra a influência midiática, já que tal informação é comprovadamente falsa. Essa comprovação é relatada pela revista *Galileu* (2019, online), a qual afirma que um novo estudo publicado na revista *Annals of Internal Medicine* aponta que vacinas não causam autismo.

No passado, a falta de informação por parte da população culminou na revolta na vacina. Entretanto, na contemporaneidade, o excesso de informação fornecido pelos meios de comunicação, com menção especial à internet, também é um dos catalisadores do movimento antivacina. Ou seja, tanto a falta quanto o excesso mostram-se prejudiciais à vida em sociedade.

Segundo o site da BBC (GRAGNANI, 2019, online), os apoiadores do movimento antivacina também utilizam plataformas de vídeo, tal qual o YouTube, para difundir seus pensamentos e o sistema de recomendação adotado pelo site facilita essa propagação. Segundo a matéria da BBC:

"Não sou eu que estou falando, são os fatos", diz um rapaz brasileiro para a câmera.

Os "fatos", segundo ele: "o vírus da zika foi criado pela família americana Rockefeller, enquanto Bill Gates usou sua fortuna para investir em vacinas. Ambos com o mesmo objetivo: reduzir a população mundial". O vídeo está disponível no YouTube, tem cerca de 825 mil visualizações e pode ser encontrado pela ferramenta de buscas. Uma propaganda interrompe o vídeo, o que significa que ele é monetizado - ou seja, rende lucro ao autor -, embora o YouTube tenha anunciado que vídeos com desinformação seriam impedidos de explorar esse recurso. Um vídeo igual, mas publicado em outra conta, tem quase 244 mil visualizações. Sem estar logada em qualquer conta no YouTube, a BBC News Brasil fez buscas na plataforma com os termos "vacina", "devo vacinar minha filha" e "devo vacinar meu filho". A maior parte dos resultados são vídeos com informações verídicas sobre a vacinação. Alguns, contudo, são vídeos contrários à vacinação. E, ao clicar nestes, a recomendação dos vídeos seguintes leva o usuário a outros vídeos antivacina, levando a uma espécie de "bolha" no YouTube. (GRAGNANI, 2019, online).

Além disso, ainda de acordo com essa matéria, “O conteúdo dos vídeos brasileiros muitas vezes é copiado ou traduzido de vídeos antivacina americanos. Dois dos vídeos são de supostos médicos que contraindicam especificamente vacinas contra gripe e contra a febre amarela” (GRAGNANI, 2019, online). Assim, mesmo com diversos estudos realizados por especialistas que comprovam a eficácia da vacinação, o intenso

acesso à informação colaborou para a divulgação de *fake news* que fazem muitas pessoas desacreditarem em pesquisas feitas por especialistas.

Para Flumignan (2018, online), em artigo publicado pelo site Justificando:

O poder de persuasão das *fake news* é incalculável. Com base nisto, caso haja demora em retirar o conteúdo falso da internet pode haver severas consequências eleitorais. Não se pode esperar o trâmite de uma ação judicial que, em sua maioria, é morosa e insuficiente para atingir o objetivo pleiteado de retirar imediatamente a notícia falsa da internet.

Percebe-se, assim, que o fator tempo assume nítida importância neste tipo de ilícito, pois, quanto maior o tempo para retirar uma notícia falsa da internet, maiores serão as consequências para o candidato e para os eleitores, podendo, inclusive, ser capaz de mudar o resultado do pleito. Neste cenário, demonstra-se mais razoável que eventual nova legislação a respeito das *fake news* utilizasse o sistema anterior ao Marco Civil da Internet, ou seja, o notice and take down, pois o período eleitoral é relativamente curto e não pode esperar uma determinação judicial para retirada de toda e qualquer *fake news*.

Logo, é possível traçar um paralelo entre as consequências da morosidade judicial para a retirada de *fake news* em épocas de eleição e entre o movimento antivacina. Em período eleitoral, um candidato pode ser desmoralizado e perder milhares de votos em decorrência da propagação de *fake news* a seu respeito, da mesma forma, o número de crianças vacinadas pode diminuir consideravelmente com a divulgação de notícias falsas, pois, ao ter acesso a essa informação, os pais podem decidir não vacinar os filhos.

Ainda segundo Flumignan (2018, online):

Não restam dúvidas de que o Marco Civil da Internet representa um avanço no trato jurídico das relações derivadas do uso da internet. No entanto, a legislação se mostra conflitante e insuficiente em alguns pontos com entendimentos e leis que beneficiam os usuários, principalmente quando o assunto é *fake news*.

Assim, para o mestre Flumignan, o ordenamento jurídico brasileiro não protege suficientemente as pessoas das *fake news*, logo, não é eficaz para o seu combate. Logo, com uma legislação ineficiente, a população fica mais exposta às notícias falsas e pode basear suas atitudes em informações erradas, a exemplo das informações utilizadas como base do movimento antivacina.

Dessa maneira, com uma legislação ineficiente que não detém a propagação de *fake news*, a população fica vulnerável e pode deixar-se convencer por mentiras acessadas na internet. Sendo assim, é possível afirmar que falta senso crítico por parte da sociedade, já que, como dito anteriormente, dentro da sociedade americana, as crianças não imunizadas eram oriundas de famílias com alto nível de escolaridade. Assim, fica exposto que, mesmo com acesso pleno e eficaz à informação, a população ainda acredita em *fake news* e adere a movimentos pautados em falácias, como o movimento antivacina.

O problema está na formação educacional crítica e não apenas na simples alfabetização ou acesso ao ensino superior. A carência reside na ausência de pensamento crítico, entretanto, em países com deficiência no sistema de ensino, essa carência pode

ser agravada pela falta de acesso a uma educação de qualidade. Logo, fica claro que a educação que foca apenas em alfabetizar, mas não ensina o aluno a pensar de forma crítica não é libertadora e pode prejudicar toda a sociedade.

4 Relação existente entre a obra *Crítion* e o movimento antivacina

Esse tópico tem como foco expor a relação existente entre a obra *Crítion*, de Platão, e o movimento antivacina, que é impulsionado pelas *fake news*. Assim, inicialmente, é necessário lembrar a seguinte passagem da obra em questão, na qual Crítion (PLATÃO, 2019, n.p) discorre a respeito dos boatos espalhados pela população: “Mas bem vêes, Sócrates, que não pode deixar de fazer caso também da opinião do povo. Os fatos de agora dizem claro que o povo é capaz de fazer, não os mais pequeninos males, mas como que os maiores; basta que se espalhem calúnias contra alguém”. Para Crítion, o povo poderia ser responsável pelos maiores males, bastasse apenas que espalhassem calúnias. Atualmente, as formas mais fortes e perigosas de calúnias são, certamente, as *fake news*.

Em primeiro lugar, a Revolta da Vacina, analisada anteriormente, seria criticada por Sócrates, pois, segundo os seus ensinamentos, o mal nunca deveria ser revidado. Assim, mesmo que a ação do governo tenha sido violenta e errada, para o filósofo, a população não deveria ter reagido da mesma maneira.

Em segundo lugar, como visto anteriormente, grande parte dos adeptos ao movimento antivacina fundamentam suas opiniões e atitudes em *fake news*, a exemplo do boato mais conhecido, aquele que afirmava que algumas vacinas seriam causadoras do autismo. Assim, é necessário ressaltar que as notícias falsas foram responsáveis, dentre outros males, pelo desgaste emocional dos pais e responsáveis de crianças autistas, como indica Vasconcellos-Silva, Castiel e Griep (2015, online):

É inegável que o impacto emocional que incide sobre pais responsáveis por crianças portadoras de autismo não é desprezível. Tal desgaste torna parentes e conhecidos próximos especialmente vulneráveis a qualquer tipo de discurso que atribua sentido de causalidade ao autismo - condição ainda mal esclarecida perante o imaginário social. Nesse ponto a proximidade física entre os solidários aliada ao sentido de causalidade das vacinas em relação ao autismo passa a configurar situações de riscos secundários sob o olhar epidemiológico.

Assim, fica claro que, além do risco do movimento antivacina em si, já que a vida de diversas crianças está exposta sem a devida imunização, as *fake news* também contribuem para o desgaste emocional dos pais e responsáveis de crianças autistas.

Fatos como os citados acima permitem compreender a crítica feita por Crítion ao povo, pois, por meio de calúnias, ou seja, da propagação de notícias falsas, o povo tornou-se responsável por um movimento que hoje representa uma das dez maiores ameaças para a saúde mundial, como citado no tópico anterior. O movimento antivacina é responsável pelo impacto emocional incidente sobre pais e responsáveis de crianças autistas e pela exposição de diversas crianças a doenças em todo o mundo.

Além disso, existe outra relação possível na obra de Platão, que é entre a reflexão feita por Sócrates a respeito da opinião do instrutor de ginástica, ou seja, o especialista,

e da opinião da multidão. Para Sócrates, a opinião do especialista deveria ser sempre seguida, pois ele teria conhecimentos mais específicos e, conseqüentemente, saberia melhor o que fazer a respeito do assunto que estivesse em seu domínio. Tal pensamento é extremamente relevante para o presente artigo, já que os integrantes do movimento antivacina estariam indo de encontro ao pensamento Socrático, pois, mesmo com a existência de diversas comprovações científicas a respeito da eficácia das vacinas, os adeptos a esse movimento insistem em ignorar a opinião dos especialistas.

Ademais, é preciso ressaltar que os meios de comunicação, com ênfase na internet, contemporaneamente, influenciam diretamente as pessoas na formação de suas opiniões, pois, segundo Rosário e Bayer (2014, online), “A Mídia tem um papel importante no campo político, social e econômico de toda sociedade. Através desse mecanismo essa instituição incute na população uma consciência, uma cultura, uma forma de agir e de pensar”. Logo, já que os meios de comunicação têm tal importância na formação das opiniões da sociedade, ao ter acesso a notícias falsas, parte da população tende a acreditar nelas, por consequência, deixam de realizar diversas ações por acreditarem ser prejudiciais à saúde de suas crianças, dentre essas ações está a vacinação.

Entretanto, é necessário deixar claro que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), artigo 14, parágrafo primeiro, “É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.”. Para o TJ-SP, segundo o site da revista Consultor Jurídico (ROVER, 2019, online), pais não podem deixar de vacinar seus filhos por questões ideológicas:

Pais não podem deixar de vacinar uma criança por liberdade filosófica ou religiosa, pois esse direito não tem caráter absoluto quando atinge terceiros. Assim entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo ao obrigar um casal a regularizar a vacinação do filho de três anos. Caso a decisão não seja cumprida em até 30 dias, o Conselho Tutelar deverá fazer busca e apreensão da criança para garantir a imunização. “A tutela da saúde da criança tem prioridade absoluta no que diz respeito à proteção dos interesses do menor, prevalecendo sobre interesses particulares ou decorrentes de posições ideológicas próprias dos genitores”, afirmou o relator, desembargador Fernando Torres Garcia.

Dessa maneira, ainda segundo matéria publicada pela revista Consultor Jurídico, o desembargador Torres Garcia afirmou que “a falta de vacinação fez aumentar o número de epidemias de doenças já erradicadas. Por isso, publicações especializadas têm recomendado a imposição de vacinação mandatória como forma de garantir a saúde de cidadãos em geral.” (ROVER, 2019, online). Então, ao negar vacinar seus filhos, esses pais estariam prejudicando não apenas as suas crianças, mas, certamente, estariam colocando em risco a saúde local, já que pessoas não vacinadas podem contrair doenças já erradicadas e voltar a espalhá-las pela sociedade.

Além disso, ainda segundo Torres Garcia “a doutrina penal classifica como crime de perigo abstrato a conduta do agente que dificulta determinação do poder público para impedir a vacinação obrigatória.” (ROVER, 2019, online). Assim, o ato de não vacinar-se ou não vacinar os filhos seria considerado, claramente, um desrespeito ao ordenamento jurídico.

Novamente, é possível relacionar o pensamento Socrático com tal acontecimento, pois, para esse filósofo, a justiça só seria alcançada por meio da obediência às leis. Para Castilho (2019, p. 49),

Seu pensamento tinha uma sólida base ética. Achava que o homem chegava a ser virtuoso quando alcançava o conhecimento (“Conhece-te a ti mesmo”, dizia ele), e em decorrência do conhecimento inclinava-se à obediência da lei – para Sócrates, a obediência à lei era o que diferenciava o homem civilizado do bárbaro.

Assim, tomando como base o pensamento desse filósofo, os pais que decidem contrariar o ordenamento jurídico e não vacinar seus filhos estariam comportando-se como bárbaros e, além disso, estariam contribuindo para que a justiça não fosse alcançada.

Ademais, como visto anteriormente, Sócrates obedeceu à sentença proclamada e morreu cumprindo a lei, pois acreditava que, ao fazer isso, estaria beneficiando a pólis. Dessa maneira, é possível encontrar semelhanças com o pensamento socrático na seguinte afirmação do presidente da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB-PR, em entrevista concedida para a BBC (MODELLI, 2018, online):

Os pais que não vacinam, independente do motivo, devem entender que nenhum direito individual pode sobrepor ao direito coletivo. A vacinação é um direito coletivo porque também atinge a sociedade como um todo no sistema de imunização. Desrespeito às vacinas previstas no PNI é, por si só, um ato grave contra a saúde pública.

Segundo Luisa (2018, online), o número de crianças não vacinadas quadruplicou desde 2001:

Usando dados do National Immunisation Survey-Child, o relatório mostrou que a porcentagem de crianças sem vacinação básica aos 2 anos de idade aumentou de 0,9%, em 2011, para 1,3%, em 2015. Em 2001, esse número era de apenas 0,3%. A pesquisa constatou que as vacinas menos aplicadas eram contra Hepatite A e rotavírus. 1,3% pode parecer pouco, mas o aumento de 1% em menos de 15 anos é algo bem significativo. A Dra. Amanda Cohn, consultora sênior de vacinas do CDC, disse que as razões para este aumento podem ser diferentes: “Alguns pais querem vacinar e não têm acesso a um profissional de saúde, mas outros optam por não vacinar o filho”. E essa parcela que escolhe não submeter seus filhos a vacinas tem crescido nos últimos anos. O movimento “antivacina” teve seu primeiro argumento “forte” em 1998, quando uma pesquisa publicada pela revista científica “The Lancet” dizia que a Vacina Tríplice Viral (sarampo, caxumba e rubéola) desencadearia o autismo. O artigo foi desmascarado quando outros cientistas fizeram novos estudos e confirmaram que a correlação era falsa. O britânico Andrew Wakefield, autor do artigo, perdeu seu registro de médico e a publicação foi tirada de circulação. Mas daí veio a faísca do movimento. Hoje essa crença cresce e já mostra resultados alarmantes: em agosto do ano passado, um surto de Sarampo na Itália registrou 4 mil casos — e 86% dos afetados não haviam se vacinado. Na década de 90, essa doença matou mais de 2 milhões de

pessoas — e ela voltou a aparecer no Brasil, depois de ter sido oficialmente erradicada do país em 2016.

Fica evidente que, mesmo com as consequências jurídicas exploradas anteriormente, o movimento antivacina fica cada vez mais forte, claramente com a ajuda da internet. O que também fica explícito é que muitos pais escolhem conscientemente não vacinar os filhos pelo medo ocasionado pelas *fake news*. Para eles, talvez seja melhor contrariar o ordenamento jurídico a perder seus filhos para os supostos malefícios da vacina.

5 Conclusão

Diante do exposto, fica evidente que os ensinamentos contidos na obra *Crítion*, de Platão, podem ser utilizados para relacionar o movimento antivacina, assim como a Revolta da Vacina de 1904. Sócrates, nos escritos de Platão, faz diversas afirmações, que podem ser pertinentes à contemporaneidade, como a importância da obediência às leis, a relevância da opinião do especialista, as consequências sociais da disseminação de uma notícia falsa e, conseqüentemente, os efeitos do senso comum.

Dessa maneira, como citado anteriormente, a Revolta da Vacina aconteceu devido à falta de informação por parte da população, o que demonstra o que a carência de conhecimento pode gerar em uma sociedade. O poder público, além de não fornecer as informações necessárias ao povo, agiu violentamente e os moradores reagiram da mesma forma. Tal acontecimento seria questionado por Sócrates, já que, para ele, o mal e o injusto nunca deveriam ser retribuídos da mesma maneira, pois isso tornaria o processo de alcançar a justiça mais lento e difícil.

Revoltas como a analisada anteriormente são consequência da escassez informacional. Entretanto, em contraste, o movimento antivacina, na atualidade, é consequência do excesso informacional. Assim, fatos como esses demonstram que os extremos são prejudiciais. A falta prejudica e o mesmo ocorre com o excesso.

É possível afirmar que existe, por parte dos integrantes do meio social, grande deficiência de entusiasmo para pesquisar as fontes das notícias que chegam até eles. As redes sociais fomentam a predominância do senso comum nos pensamentos das pessoas; a falta de interesse em pesquisar as fontes das informações obtidas é catalisada pela internet. Além disso, fica explícito que o ordenamento jurídico carece de uma legislação específica e eficiente para combater a disseminação de *fake news*, pois, no mundo contemporâneo, essa questão é um dos maiores desafios encontrados na sociedade. As *fake news* interferem em todas as esferas sociais possíveis, já que podem abordar os mais diversos assuntos.

Durante a condenação de Sócrates, que foi culpado por crimes os quais não cometeu, os juízes de sua sentença mostraram-se influenciados por notícias falsas e a população, por não questionar a condenação do filósofo, mostrou-se influenciada pelo senso comum. Sócrates tentava, por meio de seus ensinamentos, incentivar o senso crítico. Assim, ainda a respeito dos juízes, é possível afirmar que existia o desejo de manter a população sem senso crítico e, conseqüentemente, adeptos ao senso comum, a fim de manter a dominação sobre o povo. Assim, é possível concluir que o pensamento

socrático deveria ser a base para o sistema educacional, pois a finalidade da educação deve ser sempre instaurar o pensamento crítico nos estudantes para que eles possam se tornar bons cidadãos.

Além disso, o pensamento desse filósofo acerca da importância da opinião do especialista é extremamente atual e relevante, pois o especialista tem sido desprezado, já que movimentos pautados em informações falsas, como o movimento antivacina, ganharam muita força no cenário nacional e internacional. Assim, se os ensinamentos de Sócrates fossem estudados profundamente, movimentos irracionais como esse não teriam tanta força. Nesse ínterim, aulas de filosofia mostram-se extremamente necessárias para a formação de bons cidadãos, pois, caso os estudantes e futuros adultos compreendessem verdadeiramente os ensinamentos de Sócrates, as atitudes deles seriam diferentes e certamente teriam o senso crítico como base.

Por fim, fica evidente que a obra de Platão, contendo os pensamentos de Sócrates, é extremamente relevante para a contemporaneidade, pois todos os assuntos abordados por ele possuem alguma influência no contexto atual. A sociedade deveria basear seus pensamentos nos ensinamentos socráticos, a fim de tentar alcançar um ideal maior de justiça, basear pensamentos apenas em fatos verídicos e estudados por especialistas, ter a obediências às leis como base do comportamento social e tentar ao máximo apurar o senso crítico, por meio de críticas às informações obtidas.

Referências

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. **Não há projeto de lei efetivo contra as fake news no Brasil**. 4 de dez. de 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/12/04/nao-ha-um-projeto-de-lei-efetivo-contra-as-fake-news-no-brasil/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

GALILEU. Mais um estudo sobre vacinas conclui que elas não causam autismo. **Galileu**. 12 de mar. de 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2019/03/mais-um-estudo-sobre-vacinas-conclui-que-elas-nao-causam-autismo.html>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

GRAGNANI, Juliana. Rede antivacina no Brasil importa teorias da conspiração dos EUA e cresce com o sistema de recomendação do YouTube. **BBC**. 20 de jun. de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48695113>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

G1. Mais da metade da população mundial usa internet, aponta ONU. **G1**. 7 de dez. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/07/mais-da-metade-da-populacao-mundial-usa-internet-aponta-onu.ghtml>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. **Sociologia Geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- LUIZA, Ingrid. O número de crianças não vacinadas quadruplicou desde 2001. **Superinteressante**. 18 de out. de 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/o-numero-de-criancas-nao-vacinadas-quadruplicou-desde-2001/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.
- MODELLI, Lais. Quando deixar de vacinar é ilegal no Brasil. **BBC**. São Paulo, 24 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44948072>. Acesso em: 10 de set. de 2019.
- MOVIMENTO antivacina é incluído na lista de dez maiores ameaças a saúde em 2019. **O Globo**. Rio de Janeiro, 30 de jan. de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/movimento-antivacina-incluido-na-lista-de-dez-maiores-ameacas-saude-em-2019-23413227>.
- PEIXOTO, Adão José. **Sócrates, a filosofia e a questão da morte**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 20, n. 9/10, p. 663-682, set./out. 2010.
- PLATÃO. **As Grandes Obras**. Mimética, 2019. Não paginado.
- PORTO, Mayla Yara. Uma revolta popular contra a vacinação. **Ciência e Cultura**. Vol.55, n.1, 2003. São Paulo. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000100032&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 10 de set. de 2019.
- ROSÁRIO, Raquel do; BAYER, Diego Augusto. **A formação de uma sociedade do medo através da influência da mídia**. 12 de dez. de 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/12/12/a-formacao-de-uma-sociedade-do-medo-atraves-da-influencia-da-midia/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.
- ROVER, Tadeu. Pais não podem deixar de vacinar filhos por questões ideológicas, decide TJ-SP. **Consultor Jurídico**. 12 de ago. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/pais-nao-podem-deixar-vacinar-filhos-questoes-ideologicas#author>. Acesso em: 10 de set. de 2019.
- SOUZA, Patrícia Melo e. **A Revolta da Vacina**. Biblioteca Nacional Digital. Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/dossies/rede-da-memoria-virtual-brasileira/politica/a-revolta-da-vacina/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.
- VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto; CASTIEL, Luis David; GRIEP, Rosane Härter. **A sociedade de risco midiaticizada, o movimento antivacinação e o risco do autismo**. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232015000200607&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 10 de set. de 2019.

Sociedade, *outsiders* e poder disciplinar: panorama do sistema prisional da República Federativa do Brasil

Society, outsiders and disciplinary power: panorama of the prison system of the Federative Republic of Brazil

Douglas Vasconcelos Barbosa

Mestrando em Educação, Culturas e Identidades pela Universidade Federal Rural de Pernambuco – UFRPE. Especialista em Ciência Criminal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Associação de Ensino Superior Santa Terezinha – AESST/Pernambuco.
E-mail: douglasvasconcelos@hotmail.com

Resumo: A hodierna discussão científica aqui perspectivada tem como objetivo geral conhecer, por intermédio do Cadastro Nacional de Presos, disseminado pelo Conselho Nacional de Justiça, com dados em agosto de 2018, o panorama do sistema prisional brasileiro. Ademais, essa é uma pesquisa de cunho qualitativo, exploratória, bibliográfica e documental. Destarte, a problemática volveu em torno de como caminha a conjuntura prisional da República Federativa do Brasil. Outrossim, o referencial teórico partiu para altercação de uma tríade: sociedade, *outsider* e poder disciplinar, visto que convergia com o que almejávamos nesta contenda acadêmica. Assim sendo, os resultados, pelo levantamento feito, corroboram características dos presos: a maioria não tem um nível de educação acima do ensino fundamental; são de cor parda; do sexo masculino; são solteiros e a maioria está no sistema sem condenação. Por fim, é necessário que tenhamos mais discussões sobre esse problema social que emerge, cada vez mais, no nosso país.

Palavras-chave: Conduta desviante. Adequação social. Penitenciária.

Abstract: The current scientific discussion envisaged here has the general objective of knowing, through the National Register of Prisoners, disseminated by the National Council of Justice, with data in August 2018, the panorama of the Brazilian prison system. Furthermore, this is a qualitative, exploratory, bibliographic and documentary research. Thus, the problem revolved around the prison situation of the Federative Republic of Brazil. Furthermore, the theoretical framework considered the altercation of a triad: society, outsider and disciplinary power, since it converged with the purpose in this academic dispute. Thus, the results of this survey corroborate the characteristics of prisoners: the majority do not have an education level above basic education; they are brown, male, single and most are in the system without conviction. Finally, it is necessary that we have more discussions about this social problem that is increasingly emerging in our country.

Keywords: Deviant conduct. Social suitability. Penitentiary.

1 Aportes iniciais

No *afã* de buscar por *convivência sadia* na contemporaneidade brasileira, o todo social pode olvidar dos que estão enclausurados pelo sistema, uma vez que transgrediram normas de comportamento não toleradas socialmente e reprimidas por

penas à luz de seus delitos. No entanto, a sociedade deslembra que esses indivíduos são componentes dela própria; até porque, não é o fato de terem sido *enjaulados* que eles nada mais importam ao contexto em que vivem.

Destarte, a sociedade precisa compreender uma coisa: a prisão, o preso ou ainda aqueles que estão sendo processados não podem ser considerados como um espetáculo em praça pública! Corroboramos isso no sentido de que há uma *máxima* coeva que busca fazer com que as pessoas de intelecto não tão aguçado sejam manipuladas como antolhos do sistema. Dito isso, precisamos buscar compreender mais sobre os fenômenos que assolam nossa sociedade.

Nessa caminhada, a República Federativa do Brasil parece até que ainda está anteriormente ao ano de 1988. Quantos de nós não nos deparamos, diuturnamente, com o que possa ser considerado desvio de conduta, como os crimes, por exemplo? No entanto, deve-se ter cuidado com as analogias feitas para essa questão, visto que uma conduta pode ou não ser considerada desviante; isso *requer* adequação social: aquilo que o contexto social considera como adequado pode não ser reprimido.

1.1 Metodologia

Esta uma pesquisa é exploratória, bibliográfica e documental. Exploratória, no sentido de buscar conhecer mais sobre o sistema penitenciário brasileiro, visto que ele é complexo e demanda pesquisas que possam ajudar a *frear* o que acontece nos quatro cantos de uma cela, por exemplo; ou dados *espantosos*, de outro lado, como foi com a nossa pesquisa.

Com relação aos assombros que poderíamos encontrar, visando a atingir nosso objetivo geral, tomamos a pesquisa documental. Para tanto, adotamos como objeto de estudo os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 06 de agosto de 2018, referente ao Cadastro Nacional de Presos no Brasil.

Ademais, essa é uma pesquisa de cunho qualitativa e natureza bibliográfica, visto que utilizamos de livros, cujos doutrinadores renomados discutem o que pretendíamos investigar. Assim, esse referencial teórico trouxe grandes contribuições para nossa discussão que foi possível descobrir na imersão feita no documento público outrora aduzido, ou seja, dados do Cadastro Nacional de Presos.

2 Ponderações teóricas: sociedade, outsiders e poder disciplinar

É de bom alvitre corroborar que os teóricos aqui disseminados apresentam proeminentes aportes doutrinários para nossa contenda científica, visto que dialogam com nosso percurso metodológico eleito. Nesse caminhar, quando procuramos demonstrar a relevância dessas argumentações, que serão abaixo transcritas, com os dados que levantamos, o caminho da descoberta se torna mais aprazível de conhecer, mormente disseminar no campo acadêmico para que outras alterações possam louvaminhar, também, essa feita.

Ademais, há uma questão que merece destaque nessa discussão: o fato de que precisamos preparar os juristas de hoje para “fazê-los conhecer bem as instituições e os problemas da sociedade contemporânea, levando-os a compreender o papel que

representam na atuação daqueles e aprenderem as técnicas requeridas para a solução destes” (DALLARI, 1998, p. 5). Os dizeres desse autor nos apontam para o fato de que o jurista coevo precisa compreender bem a sociedade em que está inserido como indivíduo pertencente a ela e que procura, diuturnamente, mecanismos para entendê-la.

Nesse diapasão, o jurista contemporâneo deve compreendê-la – sociedade; e aqui claro, também os indivíduos – não só do ponto de vista do mundo jurídico, mas do social, do político, do econômico etc.; isso faz dele um agente social que não está estagnado no tempo, nem à mercê das intempéries que possam subjetivar suas ações jurídicas. É por isso, também, que esse artigo vislumbra um referencial teórico numa tríade: sociedade, *outsiders* e poder disciplinar.

2.1 Antes de “mais nada”, conceituemos o que venha ser sociedade!

Sociedade... um termo abrangente e de grande maestria, podemos corroborar. No entanto, falar de sociedade é, para alguns, ter curiosidade de descobrir o que ela representa, bem como seus problemas e sua funcionalidade. Destarte, como afirma o sociólogo Becker (2010 p. 17), “somos todos curiosos em relação à sociedade em que vivemos. Precisamos saber, na base mais rotineira e da maneira mais comum, como nossa sociedade funciona”.

Seguindo ainda os pensamentos de Becker (2010), ele sempre esteve ligado, quer pela curiosidade ou profissão, quer pelas múltiplas formas de falar sobre sociedade. Mas, para saber sobre ela, precisamos tomar nota de conceitos. Aliás, por hora, esse é o caminho perseguido: o que pode ser considerado sociedade? Clarividente que não estamos almejando esgotar a discussão do termo sociedade, mas deixar um *ingênuo* mapa conceitual que converse com os dados levantados na discussão deste artigo.

Para essa contenda conceitual, tomemos como nota os argumentos de Dallari (1998); com base neles não podemos olvidar de que viver em sociedade apresenta “benefícios ao homem mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana” (DALLARI, 1998, p. 8). Esse autor vai dizer que, mesmo diante dessas questões, o homem permanece convivendo em sociedade.

Abraçando por essa rota, um dos maiores sociólogos de grande destaque no século passado, Norbert Elias, vai aduzir que “a sociedade, como sabemos, somos todos nós; é uma porção de pessoas juntas” (ELIAS, 1994, p.13). Nessa caminhada argumentativa, esse montante de pessoas juntas não possuem as mesmas características, umas com as outras, em todas as partes do mundo, quiçá, na própria Nação onde habitam. É dizer que a sociedade, mesmo sendo uma porção de pessoas, como corroborou o autor acima, se distinguem umas das outras.

Destarte, ainda que sejamos tão diversificados em díspares sociedades, espalhadas pelo mundo todo, não se pode perder de vista que “embora todas [elas] certamente tenham consistido e consistam em nada além de muitos indivíduos, é claro que a mudança de uma forma de vida em comum para outra não foi planejada por

nenhum desses indivíduos (ELIAS, 1994, p. 13). Por isso, podemos legitimar, ainda que de modo perfunctório nesta discussão, as sociedades são múltiplas e facetadas, não tendo sido arquitetada por indivíduos, conforme nos lembra o autor acima.

Mas, esse conceito de Elias (1994) transcrito por nós, pode agregar conhecimento quando apresentamos outras designações conceituais para o que venha ser sociedade. Por exemplo, “o conceito de “sociedade” prende-se à existência necessária de vínculos, ou seja, de liames – de interesses mais ou menos definidos, por certo –, que ligam os diversos indivíduos de molde a desejarem viver em agrupamentos” (FILOMENO, 2019, p. 28).

Ademais, Dallari (1998) vai nos apresentar que, para existência de sociedade, é necessária a reunião de três elementos constitutivos, quais sejam, uma finalidade ou valor social, manifestações de conjunto ordenadas e, por fim, o poder social. Nesse sentido, ele aduz que “quando se afirma que alguém ou alguma coisa tem uma finalidade a atingir, essa afirmação pressupõe um ato de escolha, um objetivo conscientemente estabelecido” (DALLARI, 1998, p. 12); esse objetivo é o bem comum.

Ao se afirmar, portanto, que a sociedade humana tem por finalidade o bem comum, isso quer dizer que ela busca a criação de condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares. Quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência (DALLARI, 1998, p. 12).

Ademais, seguindo os elementos que constituem sociedade na perspectiva de Dallari (1998), depois da finalidade a ser perseguida, ou seja, o bem comum, precisamos pensar nas manifestações em conjunto ordenadas. Assim, de acordo com o autor em destaque, é “indispensável que os componentes da sociedade passem a se manifestar em conjunto, sempre visando àquele fim” (DALLARI, 1998, p. 13). Para tanto, devem as manifestações serem reiteradas, ordenadas e adequadas (DALLARI, 1998).

Dallari (1998, p. 13) vai dizer que é por meio de ações conjuntas reiteradas que o “todo social terá condições para as consecuições de seus objetivos”. Esse autor ainda aduz que não é necessário que todos os membros dela – sociedade – estejam no mesmo lugar e tempo para realizarem ações no sentido de atingir a finalidade perseguida; e aqui nós traduzimos como o bem comum.

O que verdadeiramente importa é que, permanentemente, a sociedade, por seus componentes, realize manifestações de conjunto visando à consecução de sua finalidade. Como é evidente, para que haja o sentido de conjunto e para que se assegure um rumo certo, os atos praticados isoladamente devem ser conjugados e integrados num todo harmônico, surgindo aqui a exigência de ordem (DALLARI, 1998, p. 13).

Aqui, agora, chega o segundo elemento das manifestações em conjunto: a ordem. Nesse sentido, “o que se verifica, em resumo, é que as manifestações de

conjunto se produzem numa ordem, para que a sociedade possa atuar em função do bem comum” (DALLARI, 1998, p. 15). Ademais, ao teor do que aponta Dallari (1998, p. 15), “uma vez que todos os membros da sociedade participam da escolha das normas de comportamento social, [resta] ainda a possibilidade de optar entre o cumprimento de uma norma ou o recebimento da punição que for prevista para a desobediência”.

Dallari (1998, p. 15) legitima que nas

regras de comportamento social, inclusive as de direito, como o produto da vontade social, é evidente que sempre haverá indivíduos em desacordo com elas. Além disso, mesmo aqueles que estejam plenamente concordes podem ser levados à desobediência por uma série de fatores que influem sobre a vontade de cada um.

Nessa entoada, surge o terceiro elemento das manifestações em conjunto ordenadas, que é a adequação. Assim, “cada indivíduo, cada grupo humano e a própria sociedade no seu todo devem sempre ter em conta as exigências e as possibilidades da realidade social, para que as ações não se desenvolvam em sentido diferente daquele que conduz efetivamente ao bem comum” (DALLARI, 1998, p. 15).

Ponto salutar diz respeito ao fato de que, para observância da adequação, torna-se “indispensável que não se impeça a livre manifestação e a expansão das tendências e aspirações dos membros da sociedade. Os próprios componentes da sociedade é que devem orientar suas ações no sentido do que consideram o seu bem comum” (DALLARI, 1998, p. 15). Norbert Elias (1994, p. 17) aponta que

na vida social de hoje, somos incessantemente confrontados pela questão de se e como é possível criar uma ordem social que permita uma melhor harmonização entre as necessidades e inclinações pessoais dos indivíduos, de um lado, e, de outro, as exigências feitas a cada indivíduo pelo trabalho cooperativo de muitos, pela manutenção e eficiência do todo social.

Essas palavras de Elias (1994) nos recordam do último elemento que constitui uma sociedade, tomando como base os argumentos de Dallari (1998): o poder social. Assim, a problemática do poder é vislumbrada como vultosa para a organização e o funcionamento da sociedade, “havendo mesmo quem o considere o núcleo de todos os estudos sociais. Na verdade, seja qual for a época da história da Humanidade ou o grupo humano que se queira conhecer, será sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder” (DALLARI, 1998, p. 16).

Essa força imperativa – poder – carrega discussões como a que Filomeno (2019) reverbera. Assim, esse autor aduz que “para a vida social, é mister que haja um conjunto de normas de conduta, cuja finalidade principal é a manutenção da ordem da vida em comum, propiciando, destarte, a persecução dos objetivos sociais, e satisfação dos interesses de seus componentes” (FILOMENO, 2019, p. 29).

Filomeno (2019) ainda corrobora que para nutrir a ordem deve ter superioridade no bojo da sociedade. Assim “a superioridade tem como escopo principal a manutenção da ordem e a criação de condições para que não só os indivíduos membros da sociedade, como também esta, de modo geral, promova o

bem-estar de todos” (FILOMENO, 2019, p. 31). Nesse sentido, “a superioridade significa que, em última análise, os interesses sociais, no que toca à sobrevivência da própria sociedade para a consecução de seus fins, sobrepujam eventuais interesses individuais que interfiram com os referidos objetivos” (FILOMENO, 2019, p. 31).

Assim, podemos concluir, pela nossa perspectiva ao teor do que aduziu Filomeno (2019), que a superioridade é aquela forma de manter a ordem na sociedade, sem autoritarismo exacerbado, claro; buscando atingir o bem comum dessa entidade em detrimento de interesses individuais que possam assentar em cheque todo o caminhar harmônico dos que nela habitam em comunhão de desígnios, não só autônomos, mas coletivo. A sociedade é complexa.

As sociedades modernas não constituem organizações simples em que todos concordam quanto ao que são as regras e como elas devem ser aplicadas em situações específicas. São, ao contrário, altamente diferenciadas ao longo de linhas de classe social, linhas étnicas, linhas ocupacionais e linhas culturais. Esses grupos não precisam partilhar as mesmas regras e, de fato, frequentemente não o fazem. Os problemas que eles enfrentam ao lidar com seu ambiente, a história e as tradições que carregam consigo, todos conduzem à evolução de diferentes conjuntos de regras (BECKER, 2009, p. 16).

É preciso, portanto, assentar que a sociedade é esse complexo de pessoas visando à consecução de fins coletivos, em primeira análise, como aduzimos outrora nos dizeres de Dallari (1998); mas também de fins unilaterais, em segundo ato, acaba por apresentar questões de *ordem* e *adequação* dos indivíduos que podem ser os desviantes de condutas e merecem reprimenda estatal. Nesse sentido, vamos discorrer sobre *outsider*.

2.2 Analogicamente, o preso é um outsider?: concisas meditações sociais e jurídicas

Vimos, anteriormente, que a ordem é dos elementos das manifestações em conjunto ordenadas, segundo elemento constitutivo de sociedade, nos dizeres de Dallari (1998). Assim, tanto a ordem, como a superioridade, trazida por Filomeno (2019), se conectam ao fato de que a vida em sociedade necessita de algo que possa deixar a convivência dos indivíduos harmônica; do contrário, o caos é instaurado e a consonância de vivência entre os seres humanos não mais se impera.

Nesse sentido, quando uma pessoa fere a ordem, o senso comum diz que ela está em desacordo com o todo social. O direito penal pode aclarar essa situação, na medida em que se refere, nas palavras de Prado (2019, p. 10), a “comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso”. Um desses bens é a vida.

Diante dessa feitura, há que se pensar naquele princípio da adequação, trazido pelo direito penal nos argumentos de Hans Welzel, ou seja, “significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não é considerada *típica* se

está socialmente adequada ou reconhecida, isto é, de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada” (PRADO, 2019, p. 156).

Coadunando com esse entendimento, Bitencourt (2019, p. 61) aduz que “certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado”. Ademais, Prado (2019, p. 9) ainda reverbera que “ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente”.

Destarte, um determinado sociólogo, cujo nome é Howard S. Becker, vai aduzir para nós no sentido de que “quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider” (BECKER, 2009, p. 9). Uma outra argumentação, segundo esse autor, pode ser bem considerável nesta discussão: “aquele que infringe a regra pode pensar que seus juízes são outsiders” (BECKER, 2009, p. 9).

Venho usando o termo “outsiders” para designar aquelas pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do círculo dos membros “normais” do grupo. Mas o termo contém um segundo significado, cuja análise leva a um outro importante conjunto de problemas sociais: “outsiders”, do ponto de vista da pessoa rotulada de desviante, podem ser aquelas que fazem as regras de cuja violação ela foi considerada culpada (BECKER, 2009, p. 16).

Em que pese essas duas situações específicas, ou seja, aquele que *desvia* das ordens é considerado um *outsider* e, esses, na verdade podem considerar *outsider* os que os julgam, vamos ficar, por hora, com a primeira situação, uma vez que ela dialoga mais com nossa contenda. Então, fica-nos um questionamento bem salutar: o preso, por ter violado uma norma, é um *outsider*? Becker (2009) pode nos ajudar bem sobre isso. Vejamos:

Encaramos a pessoa que comete uma transgressão no trânsito ou bebe um pouco demais numa festa como se, afinal, não fosse muito diferente de nós, e tratamos sua infração com tolerância. Vemos o ladrão como menos semelhante a nós e o punimos severamente. Crimes como assassinato, estupro ou traição nos levam a ver o transgressor como um verdadeiro *outsider* (BECKER, 2009, p. 9).

Dada essa resposta bem direta, é preciso aduzir algo que Becker (2009) chama nossa atenção no tocante ao que estamos discutindo nesse tópico teórico acerca de *outsider*. Esse autor comenta que diferentes grupos podem considerar múltiplas coisas como desviantes. Assim, “isso deveria nos alertar para a possibilidade de que a pessoa que faz o julgamento de desvio e o processo pelo qual se chega ao julgamento e à situação em que ele é feito possam todos estar intimamente envolvidos no fenômeno” (BECKER, 2009, p. 9).

Becker (2009), em seus argumentos salutares, coloca a questão que se pode descrever como desvio qualquer coisa que fuja do que seja mais comum. Ele aponta que o desvio é criado pela sociedade e, nessa perspectiva, se consideramos que desvio é aquilo que ultraja o *normal*, exemplificando, ele aduz que “ser canhoto ou ruivo é desviante, porque a maioria das pessoas é destra e morena” (BECKER, 2009, p. 9).

Esse autor nos questiona algo: o que as pessoas que são rotuladas pela sociedade como desviantes podem ter em comum? A sua resposta para essa questão parte do pressuposto de que “no mínimo, elas partilham o rótulo e a experiência de serem rotuladas como desviantes” (BECKER, 2009, p. 12). No caso aqui em discussão, por analogia a esse contexto, podemos considerar os presos do sistema prisional brasileiro que são desviantes das condutas estabelecidas socialmente. Ponto salutar para essa nossa contenda diz respeito ao fato de que, nos trechos aduzidos por Becker (2009, p. 18), ele fala que

diferenças na capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenciais de poder (seja legal ou extralegal). Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras. Distinções de idade, sexo, etnicidade e classe estão todas relacionadas a diferenças em poder, o que explica diferenças no grau em que grupos assim distinguidos podem fazer regras para outros.

A bem da verdade é isso mesmo que acontece contemporaneamente no país: os que têm poder, ainda que ilegalmente, cometem atrocidades em desfavor dos que menos possuem recursos financeiramente, por exemplo. Destarte, esses são os desviantes, podemos dizer assim; já àqueles, cujo poder tem em excesso, impõem suas pretensões a torto e a direita para satisfazer indigências iníquas no contexto social que vive.

2.3 Poder disciplinar: olhar hierárquico, sanção normatizadora e exame

Para tomar gênese essa tessitura argumentativa que se fará neste momento, convém colacionar algo que, para nós, soa com bastante entusiasmo no sentido de refletirmos acerca da questão normativa que paira no Estado, inclusive se ele for totalitário. Assim, “um Estado totalitário olha os indivíduos como peças de uma máquina, esquecendo que em cada indivíduo está uma Pessoa. E que a Pessoa é o ponto fulcral de toda a Sociedade” (CUNHA, 2018, p. 57).

É interessante poder advertir essa passagem acima, pois diante dela, o doutrinador Cunha (2018), nos faz ter em mente que devemos compreender que a pessoa, ou seja, o indivíduo, é o ponto de sustentação de uma sociedade calcada nos elos convergentes, mas também não nos esqueçamos dos divergentes, que carregam na convivência com seus pares diante do contexto social que estiver inserido; não se pode olvidar dessa questão.

Ademais, segundo fora dito: a sociedade política, ou seja, o Estado, mas ele sendo totalitário, vê os indivíduos como um maquinário (CUNHA, 2018). Destarte, os presos são maquinários sob a custódia do Estado e não é demasiado corroborar que a

sociedade os vê como desviantes que precisam de disciplina. Nesse sentido, Michel Foucault (2016, p. 167) aduz que “a disciplina “fabrica” indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício”.

Segundo Foucault (2016, p. 167), o “poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem sombra de dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor”. Assim, esse poder, nos dizeres do filósofo acima citado, possui uma tríade para sua composição, ou melhor, para seu sucesso: olhar hierárquico, sanção normatizadora e o exame.

No que diz respeito à vigilância hierárquica, “o exercício da disciplina supõe um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar: um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam” (FOUCAULT, 2016, p. 168). Assim, se fazemos uma inferência bem simples do que acabamos de mencionar com o que discutimos neste artigo, esse jogo de olhar são os agentes de segurança que labutam no sistema carcerário brasileiro.

Ademais, o segundo componente para o bom sucesso do poder disciplinar, conforme aduzido acima, é a sanção normatizadora. Ao teor do que diz Foucault (2016, p. 175), “na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento”.

Nesse sentido, quem nunca ouviu falar que dentro do sistema penitenciário há códigos de conduta elaborados, quer pelos agentes, quer pelos encarcerados? – É até temerário aduzir mais sobre essa possível assertiva para o questionamento levantado, visto que está em jogo o poder que emana das mais diversificadas formas estabelecidas para gerir todo o aparelho que, mesmo estando conspurcado, ainda pode se revestir de licitude em algum sentido (?).

Ademais, uma observação deve ser feita, já que adiante demonstraremos a situação prisional da República Federativa do Brasil: a de que a prisão está em crise. A sanção normatizadora, que falamos acima, traduzida pelo viés de sanções próprias, coloca essa crise mais em evidência. Destarte, “essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2019, p. 623).

Ainda segundo Bitencourt (2019, p. 624), “aqui, como em outros países, a prisão corrompe, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece a pessoa do condenado”. Essa passagem é tão forte que deveríamos enaltecer demasiadamente a sua eloquência. Bitencourt (2019) está certo: a prisão não tem uma finalidade eficaz socialmente, ela forma mais pessoas para o “submundo” de onde foram olvidadas pela própria sociedade. Isso é fato!

Seguindo, o terceiro elemento do poder disciplinar é o exame. Assim, “o exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. É um controle normalizante, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir.

Estabelece sobre os indivíduos uma visibilidade através da qual eles são diferenciados e sancionados” (FOUCAULT, 2016, p. 181). Ademais, conforme aduzido à epígrafe: o poder disciplinar se constitui em olhar hierárquico, sanção normatizadora e o exame.

3 Resultados e discussão: até quando isso vai vigorar?

Deste momento em diante, apresentaremos os resultados e as discussões dessa nossa pesquisa que se justifica em função de precisarmos compreender mais os problemas que assolam nossa sociedade. No nosso caso, precisamos compreender o sistema prisional brasileiro, inclusive as características daqueles que estão privados de sua liberdade. Torna-se salutar essa discussão para contemporaneidade brasileira.

Nesse caminhar, tomamos emprestados os dizeres de um dos nossos teóricos, quando aduz que “as pessoas que coletam fatos sobre a sociedade e os interpretam não começam do zero a cada relato que fazem. Usam formas, métodos e ideias que algum grupo social, grande ou pequeno, já tem à sua disposição como uma maneira de fazer esse trabalho” (BECKER, 2010, p. 27).

De mais a mais, comungamos da seguinte passagem também do autor supramencionado quando ele diz que está interessado, entre outros elementos, em estatísticas e “qualquer outra forma pela qual pessoas tenham tentado contar a outras o que sabem sobre sua sociedade ou alguma outra sociedade que as interesse” (BECKER, 2010, p. 16). Por essa caminhada, falar sobre a sociedade, mormente a brasileira, é salutar, mas, ao mesmo tempo, é preciso que sejamos cautelosos.

Destarte, se a gente segue a linha do sociólogo em comento e colacionamos com nosso trabalho, podemos corroborar que “uma representação da sociedade é algo que alguém nos conta sobre algum aspecto da vida social. Essa definição abarca um grande território. Num extremo situam-se as representações comuns que fazemos uns para os outros como leigos, no curso da vida diária” (BECKER, 2010, p. 17).

Nessa discussão dos resultados, a representação social é do sistema penitenciário brasileiro que vive em crise, como vimos nos dizeres de Bitencourt (2019); que seja dito aos holofotes dos quatro cantos desse país! Assim, de acordo com Conselho Nacional de Justiça, em 06 de agosto de 2018, a República Federativa do Brasil possuía 602.217 pessoas privadas de liberdade no país, excluindo, desse panorama, os adolescentes em medida socioeducativa. Desse total, a maioria diz respeito a homens, com 572.764 presos.

**Tabela 1 – Situação prisional, no Brasil, por sexo
PRIVADOS DE LIBERDADE POR SEXO**

Feminino	29.453
Masculino	572.764
TOTAL	602.217

Fonte: Elaboração própria com dados do CNJ (2018, p. 34)

Dado interessante que se refere a essa Tabela 1 diz respeito ao fato de que “há no sistema penitenciário brasileiro 1.774 pessoas privadas de liberdade com nacionalidade estrangeira, que assim foram identificados em sua qualificação

processual” (CNJ, 2018, p. 55). Ademais, ainda de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, “as nacionalidades com maior representatividade no sistema prisional são as que correspondem aos países da Bolívia e do Paraguai” (CNJ, 2018, p. 55).

No que tange à faixa etária das pessoas privadas de liberdade no país, o CNJ (2018, p. 51) aponta que “30,52% têm entre 18 e 24 anos e 23,39% entre 25 e 29 anos de idade, demonstrando que mais da metade da população carcerária registrada no Banco tem até 29 anos”. O levantamento pela escolaridade aponta que “108.630 presos têm o ensino fundamental completo” (CNJ, 2018, p. 54). Caminhando, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 53), “há no sistema penitenciário brasileiro apenas 202 pessoas cadastradas com deficiência física” e “1.628 dependentes químicos”. (2018, p. 59).

Por critério de raça, cor e etnia das pessoas privadas de liberdade no país, nos dados incluídos no cadastro da pessoa privada de liberdade, segundo o CNJ (2018), a maioria dos presos, ou seja, 91.166 são de cor parda. Interessante observar no levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 53) que o estado civil prevalente no país, em relação aos presos privados de liberdade, é de 266.384 pessoas solteiras. No que toca à destruição dos presos por tipo de justiça, a tabela abaixo apresenta esse panorama.

Tabela 2 – Situação prisional, no Brasil, por Justiça Estadual e Justiça Federal

DISTRIBUIÇÃO DOS PRESOS	
Justiça Estadual	599.202
Justiça Federal	2.271
Ambas Justiças	482
TOTAL	602.217

Fonte: Elaboração própria com dados do CNJ (2018, p. 37)

De acordo com a Tabela 2, a maioria dos presos é oriunda da Justiça Estadual, com 599.202. Outrossim, em que pese o total de pessoas privadas de liberdade, no país, serem de 602.217, nesta distribuição por justiça – Estadual e Federal – esse número não corresponde. No entanto, de acordo com o CNJ (2018, p. 37), “262 registros não possibilitaram a identificação da origem do processo avaliado entre justiça federal e estadual”.

Tabela 3 – Situação prisional, no Brasil, por natureza da medida

PRIVAÇÃO POR NATUREZA DA MEDIDA	
Presos sem condenação	241.090
Presos condenados em Execução Provisória	148.472
Presos condenados em Execução Definitiva	211.107
Internados Provisórios	142
Internados em Execução Provisória	157
Internados em Execução Definitiva	593
Presos Civis	656
TOTAL	602.217

Fonte: Elaboração própria com dados do CNJ (2018, p. 38)

Uma triste realidade começa aparecer, no Brasil, de acordo com aquele argumento de Bitencourt (2019) de que a prisão está em crise. Analogicamente, também, o sistema brasileiro é uma crise e a sanção normatizadora, àquela aduzida no poder disciplinar, está em voga nessa assertiva. Assim, a Tabela 3 apresenta que a maioria dos presos em pena privativa de liberdade, ou seja, 241.090, está sem condenação.

Ademais, seguindo os dados constantes na representação tabular acima, é possível verificar que 211.107 presos estão em execução definitiva; 148.472 são presos condenados em execução provisória; 656 são presos civis; 593 estão internados em execução definitiva; 157 presos estão internados em execução provisória e 142 são internados provisórios. Nesse íterim, de levantamento de dados, pudemos compreender a sistemática prisional brasileira.

4 Considerações finais: é possível?

O questionamento, para tentarmos *tentar* findar essa discussão, é salutar no sentido de ser uma demanda tão formidável para o contexto social brasileiro: compreender o sistema prisional. Nesse sentido, vimos que a sociedade é um todo organizacional; somos todos nós nos dizeres de Elias (1994) e possui elementos característicos, conforme aduziu Dallari (1998).

Destarte, os presos são componentes dessa sociedade humana denominada República Federativa do Brasil; complexa, não se pode deslembrar dessa assertiva. Tão complexa que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2018) apontou, de acordo com os dados do Cadastro Nacional de Presos em agosto de 2018, que o país possui uma população prisional de 602.217 (seiscentos e dois mil, duzentos e dezessete) presos.

Insta ressaltar, de acordo com os relatos do CNJ (2018), que foi possível compreender os resultados, pelo levantamento feito, corroborando as seguintes características da população prisional brasileira à época da edificação dos dados disseminados: a maioria não tem um nível de educação acima do ensino fundamental; são de cor parda; do sexo masculino; são solteiros e a maioria está no sistema sem condenação.

Por fim, necessário se faz que busquemos – diuturnamente – conhecer todo aparato prisional brasileiro, com dados como os que foram levantados pelo CNJ (2018), no sentido de saber, sem quimera alguma, quais são as características daqueles que estão privados de sua liberdade; não vislumbrando sua estigmatização, mas almejando disseminar para sociedade que eles são fruto *dela*, fazem parte *dela* – ainda que enclaustrados – e precisam de respeito.

Referências

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECKER, Howard S. **Falando da sociedade**: ensaios sobre as diferentes maneiras de representar o social. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 05 jan. 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos constitutivos de estado**. 2. ed. [pdf]. São Paulo: Saraiva, 1998.

ELIAS, Norbert, 1897-1990. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria geral do Estado e da constituição**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. 3ª reimp. Petrópolis/RJ: Vozes, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**: parte geral, volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Pode Eduardo Cunha embolsar os lucros provenientes da publicação de sua autobiografia?

Can Eduardo Cunha pocket profits from the publication of its autobiography?

Enes Roberto Pessoa

Acadêmico do curso de Direito no Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: enes.pessoa@gmail.com

Matheus Amâncio Correa

Acadêmico do curso de Direito no Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: est.matheuscorrea@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo possibilitar uma discussão acerca da controvérsia jurídica oriunda da possibilidade (ou não) do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, embolsar os lucros provenientes de uma eventual publicação de sua biografia, uma vez que tal questionamento propicia a utilização de diversos ramos do direito para que seja realizado o debate. Considerando a atual conjuntura sociopolítica do país, o tema se apresenta com enorme relevância no âmbito social, jurídico e pátrio, justificando, assim, sua escolha para o desenvolvimento da pesquisa. Em que pese o argumento da liberdade de expressão e do pensamento, cabe mencionar o uso dessa autonomia para adquirir proveitos resultantes de atos ilícitos. Em virtude disso, esta pesquisa propõe uma reflexão sobre o assunto, ou seja, se esta exposição com fins lucrativos seria ou não imoral.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Oriundos de atos ilícitos. Ex-presidente da Câmara dos Deputados. Trajetória política.

Abstract: This article aims to enable a discussion about the legal controversy arising from the possibility (or not) of the former president of the Chamber of Deputies, Eduardo Cunha, to pocket the profits from an eventual publication of his biography, since such a questioning propitiates the use of various branches of law for discussion. Considering the current sociopolitical situation of the country, the subject is presented with great relevance in the juridical socio-legal scope, justifying, therefore, its choice for the development of the research. Regardless of the argument of freedom of speech and thought, it is worth mentioning the use of this autonomy to acquire income from illicit acts. As a result, this research proposes a reflection on the subject, that is, whether this for-profit exposure would be immoral or not.

Keywords: Freedom of speech. Arising from unlawful acts. Former President of the Chamber of Deputies. Political trajectory.

1 Introdução

A recente redemocratização do Estado brasileiro vem sendo descrita pelos mais críticos no assunto como, se não caótica, no mínimo, conturbada. Tal argumentação fundamenta-se no fato de que em menos de 27 anos, desde as primeiras eleições populares – em 1989 – depois da queda do regime militar, o Brasil vivenciou dois

processos de impeachment que culminaram no afastamento de dois presidentes que haviam sido eleitos democraticamente pela população.

O primeiro impeachment – realizado em face de Fernando Collor de Melo em 1992 – não contou com um “personagem principal” em sua trama. Diferentemente do ocorrido contra a ex-presidente Dilma Rousseff, que, dentre tantos envolvidos no processo, um se sobressaiu em relação aos demais: o ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cosentino da Cunha.

Atualmente Cunha está preso em Curitiba, acusado do cometimento dos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão fraudulenta de divisas. Todavia, em que pese sua ausência (ao menos física) do cenário político nacional, seu nome ainda reverbera em manchetes jornalísticas e enseja devaneios no imaginário coletivo popular.

Pormenorizada a influência de sua figura no hodierno contexto sociopolítico da República Federativa do Brasil, não pairam dúvidas de que o nome “Eduardo Cunha” ainda instiga um grande interesse nos indivíduos mais sedentos por discussões políticas e assuntos correlacionados à temática.

Quando foi preso pela Polícia Federal em 2016, Cunha expressou sua vontade de publicar uma autobiografia, para externar detalhadamente os bastidores da polêmica votação do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, e conforme circula na imprensa, Cunha estaria exigindo em torno de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) e mais 20% (vinte por cento) sobre cada exemplar que fosse comercializado. Não obstante, malgrado o princípio constitucional da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, tal questão suscita a seguinte controvérsia jurídica: considerando a máxima do sistema Common Law de que “Nenhum homem deve lucrar com o seu próprio erro” - *No man should profit from his own wrong* – poderia Eduardo Cunha embolsar os lucros provenientes da venda de sua biografia?

A fim de tecer-se um comentário a respeito de tal situação, tem-se por oportuno analisar o que estabelece o princípio do direito comum mencionado acima, em observância ao que preceituam os ditames constitucionais insculpidos na redação da Carta Magna de 1988.

2 Liberdade de expressão

A Constituição Republicana de 1988 salvaguardou o direito à liberdade de expressão no rol das garantias fundamentais de seu artigo 5º, vedando, tão somente, o anonimato.

O inciso IX do artigo 5º da Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro traz a seguinte redação em seu bojo: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Sob o prisma do que orienta a redação do mencionado trecho constitucional, ao menos em tese, aparenta ser incontroverso o fato de que a liberdade de expressão do indivíduo não se subordina a uma prévia autorização do Estado, sendo que, em verdade, tal garantia fundamental se apresenta como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em escólio à temática, na 14ª edição de sua singular obra *Curso de Direito Constitucional*, o ilustre André Ramos Tavares leciona:

[...] Na Constituição de 1988, o termo *liberdade de expressão* não se reduz ao externar sensações e sentimentos. Ele abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também o externar sensações. O acerto dessa afirmação pode ser verificado na inteligência do próprio art. 5º, IX da CF, em que há menção clara e expressa à atividade intelectual: “é livre a expressão da *atividade intelectual*, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Nesse sentido, também, Archibald Cox, ao comentar o primeiro artigo da *Bill of Rights* americana, acerca da liberdade de expressão: “O homem ou mulher *pensante*, de sensações, o novelista, o poeta ou dramaturgo, o artista, e especialmente o religioso certamente consideram a negação à liberdade de expressão como a maior afronta que pode ser impingida à condição destes como seres humanos.” (TAVARES, 2016, p. 480).

Nesse sentido, não parece bom que o Estado intervenha, ao menos de forma discricionária, na órbita particular do sujeito, de sorte a cercear seu direito à Liberdade de Expressão, tomando como parâmetro, para tal ato, apenas aspectos subjetivos do indivíduo, e não o teor do conteúdo que este está disseminando.

Sendo assim, à luz do que norteia o princípio da Liberdade de Expressão, categoricamente enunciado no texto da Carta Magna de 1988, parece irrefutável que o Estado não poderá sopesar tal direito fundamental sem que, para tanto, o indivíduo esteja ocasionando um dano considerável a outrem.

Diante de tais ponderações, infere-se que, desde que Cunha não atinja a moral de terceiros no texto de sua biografia, não se vislumbrará óbice para que esta possa vir a ser publicada.

Note-se que, em momento algum, está sendo aqui questionada a legalidade da publicação da autobiografia de Cunha, uma vez que, desde que tal ato não ocasione prejuízo a terceiros, como visto alhures, se encontrará revestido de licitude e amparo constitucional. A celeuma do presente artigo está relacionada justamente com a hipótese de Cunha embolsar os lucros provenientes de tal publicação, uma vez que, conforme já mencionado, assim como Al Capone, Pablo Escobar e El Chapo, a figura do ex-parlamentar também suscita um grande fascínio em determinados nichos da população, principalmente pela maneira como Cunha construiu sua imagem por meio do cometimento de atos ilícitos.

3 O Common Law e o princípio do “no man should profit from his own wrong”

A discussão em tela é oriunda da máxima de que nenhum indivíduo pode se beneficiar em razão da própria torpeza, ou seja, nenhuma pessoa pode fazer algo incorreto ou dissonante das normas legais e, *a posteriori*, tomar tal conduta em proveito próprio.

Tal princípio possui grande influência no modelo “Common Law”, uma vez que o referido sistema possui, como principal fonte para a resolução dos conflitos, as decisões judiciais, diferentemente do sistema adotado pelo Brasil, o “Civil Law”, que tem a legislação codificada como sendo sua principal fonte de resolução de conflitos sociais.

No Common Law, todas as leis e relações civis devem ser controladas pelo fundamento máximo de que nenhuma pessoa possa vir a ter benefício em razão de fraude própria, ou ainda reivindicar qualquer vantagem frente a sua própria iniquidade.

O afamado Ronald Dworkin, acerca do caso “Riggs vs. Palmer”, faz menção ao princípio em comento:

[...] Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, no sentido de que eles estipulam que algum aspecto presente deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual *nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos* [...] (DWORKIN, 2002, p.36).

Nesse sentido, uníssono ao que sustenta Dworkin (2002), para que uma sociedade evolua e alcance um estado harmônico, não poderão seus membros tirarem proveito de condutas ultrajantes aos padrões estabelecidos pela própria ordem social.

4 Do “*Tu Quoque*” e o contrato social de Rousseau

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando, por consectário, por todo o ordenamento jurídico.

A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade.

O “*Tu Quoque*” se apresenta como um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, que tem por finalidade coibir que um eventual desrespeito a um ditame positivo seja posteriormente utilizado em proveito próprio pelo transgressor.

Em síntese, tal instituto possui o condão de evitar um “comportamento duplo” do agente, apresentando-se como parâmetro para impedir que um posicionamento indevido à luz do Ordenamento Jurídico pátrio seja utilizado para propiciar a prática posterior de uma ação tida como lítica, que, por ventura, venha a beneficiar seu autor.

Sendo assim, não pairam dúvidas de que a boa-fé objetiva deve ser tomada como parâmetro para nortear as relações entre os indivíduos da sociedade.

Tal pensamento não é tido como contemporâneo apenas nos dias de hoje, uma vez que, desde século XVIII, ao elaborar a teoria do *Contrato Social*, o iluminista Jean Jacques Rousseau já defendia tal posicionamento.

Para o filósofo, as liberdades naturais do homem, assim como seu bem-estar e sua segurança, somente poderiam ser preservadas se houvesse a celebração de um “contrato social” entre os demais indivíduos.

Mas afinal de contas, em que consistiria tal contrato?

Para Rousseau, a tutela de tais núcleos subjetivos seria realizada tacitamente mediante um instrumento abstrato celebrado entre todos os indivíduos, o qual seria regido pela soberania da própria sociedade, bem como pela vontade coletiva de seus membros.

Nesse sentido, o povo ocuparia, concomitantemente, os polos ativos e passivos da relação contratual, desempenhando, portanto, o papel de elaborador das leis que regerão a sociedade, bem como possuirão o dever objetivo de proverem pelo cumprimento destas. Sendo assim, é forçoso asseverar-se que tal pacto seria realizado mediante a troca da vontade particular de cada indivíduo como *conditio sine qua nom* para a igualdade entre todos os membros da sociedade.

Logo, a partir do momento que um indivíduo “quebra” o referido contrato social, de sorte com que pratique atos ilícitos para se beneficiar em detrimento do bem comum dos demais membros da sociedade, à luz do que norteia o princípio do *tuo quoque*, não deverá este se valer da própria iniquidade como meio de obter vantagens para si.

Nesses termos, quando políticos se valem dos cargos públicos pelo povo, para satisfazerem seus interesses particulares, em detrimento do bem comum coletivo, não poderão tomar tais condutas para auferirem vantagens, ainda que façam por outros meios aparentemente revestidos de licitude.

Seria o caso, na discussão em tela, do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, se valer da popularidade adquirida por sua figura nos dias atuais, para realizar a venda de sua autobiografia, uma vez que sua imagem, depois do episódio do impeachment da ex-presidente Dilma e de sua prisão em 2016, por si só atrairia um considerável número de interessados/curiosos, para realizarem a compra de sua obra, o que, por consectário, fomentaria o aumento nos lucros a serem obtidos pelo ex-parlamentar com a venda dos exemplares.

5 Casos semelhantes

Mary Bell

O imbróglio que ensejou a pesquisa a respeito da presente controvérsia não possui como único expoente a situação do ex-parlamentar Eduardo Cunha. Outro caso emblemático atinente à problemática em questão é o da inglesa Mary Bell.

Em 1968, quando tinha apenas 11 anos, Mary Bell foi considerada responsável pelo assassinato de duas crianças de 3 e 4 anos no Reino Unido. Depois de ter cumprido 12 anos de internato em uma escola-prisão por seus homicídios, Mary voltou às ruas britânicas em 1980.

Malgrado o decurso do tempo, em 1998 o nome de Mary Bell voltou a estampar as manchetes jornalísticas dos periódicos britânicos; dessa vez por supostamente por ter recebido uma considerável quantia de dinheiro para colaborar com uma escritora e historiadora do Reino Unido para a elaboração de um livro no qual seria divulgada sua versão sobre os fatos. Estima-se que Mary receberia cerca de US\$85.000,00 (oitenta e cinco mil dólares) por seus relatos.

Tal notícia ocasionou uma intensa mobilização social, de sorte com que o ministro do Interior britânico da época, Jack Straw, se viu obrigado a fazer com que o governo

propusesse uma alteração na legislação britânica para coibir a incidência de novas práticas semelhantes à de Mary.

Caso Doca Street

Acerca da problemática do presente artigo, *in casu*, se poderia Eduardo Cunha embolsar os lucros provenientes da publicação de sua autobiografia, existe um precedente no cenário jurídico nacional que não pode ser olvidado.

No apogeu da ditadura militar em 1976, as estruturas do país não foram abaladas somente pelos “cantos tortos” evitados pelo rapaz latino americano, Belchior, em seu álbum “Alucinação” que, feito faca, “cortaram” na carne dos indivíduos mais acomodados com a conjectura pela qual o país se encontrava no momento. Naquele ano, o Brasil também se escandalizou com um crime que estremeceu a “*high society*” carioca, o caso “*Doca Street*”.

No remate daquele ano, mais precisamente aos dias 30 de dezembro, Raul Fernando do Amaral, popularmente conhecido como *Doca Street*, supostamente motivado por razões passionais, matou sua ex-namorada, a socialite Ângela Diniz, com três disparos de arma de fogo no rosto.

Raul foi a seu primeiro júri popular em 1979, oportunidade em que foi condenado a 2 (dois) anos de prisão pelo assassinato de Ângela.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro anulou o primeiro julgamento, realizando outro, por sua vez, em 1980, que fulminou na condenação de Doca a 15 anos de reclusão.

Depois de ter cumprido sua pena, em 2006 Doca resolveu publicar o livro “*Mea Culpa*”, em que detalhou sua versão do crime que chocou o país.

A princípio, em entrevista concedida ao jornal *Folha de S. Paulo*, Doca disse que seu objetivo seria vender em torno de cinco mil exemplares da obra em até 14 anos, totalizando, aproximadamente, uma venda por dia.

Com a publicação do livro, a filha mais velha de Ângela, Cristiana Diniz, quebrou o silêncio de três décadas e disparou contra o assassino de sua mãe: “Esse homem é um canalha. Ele está querendo ganhar dinheiro às custas da minha mãe. Meu Deus, quando é que ele se cansará de assassiná-la e a reputação dela?”

A indignação de Cristiana e dos demais familiares de Ângela, todavia, não impediram nem a publicação do livro em 2006, nem do que Doca auferisse os lucros.

6 O projeto de Lei do Senado nº50/2016 e o “*Son of Sam Laws*”

É oportuno trazer à baila que existe um projeto de Lei nativo do Senado Federal que possui o condão de proibir que criminosos condenados pelo crime de homicídio venham a obter lucros com a venda da narrativa de suas histórias.

O referido projeto é de autoria do Senador Ciro Nogueira, que idealizou a elaboração de tal proposta tomando como parâmetro o que versa a legislação norte-americana acerca da temática.

No Ordenamento Jurídico estadunidense existe um conglomerado de leis estaduais que são popularmente conhecidas como “*Son of Sam Laws*”, que, em síntese,

visam a coibir que assassinos auferam lucro com a venda da narrativa de suas histórias criminosas.

A denominação de tal arcabouço normativo é derivada da história do *serial killer*, *David Berkowitz*, que, na década de 1970, levou pânico e terror aos moradores da cidade de Nova York. Depois do cometimento de seus assassinatos, David deixava sua “marca registrada” no local do crime: um bilhete subscrito como “*Son of Sam*” (Filho do Sam).

Malgrado tenha sido condenado à prisão perpétua, o *serial killer* obteve uma fama digna de um astro *hollywoodiano* depois de ter publicado um livro em que contava detalhadamente os motivos que ensejavam o cometimento de seus crimes. Tal publicação teria rendido a David consideráveis cifras como uma espécie “contraprestação” pela narrativa de suas perturbantes crônicas.

Nesse contexto, depois de um enorme clamor popular acerca da situação, o órgão legislativo dos Estados Unidos se viu obrigado a tomar radicais medidas para evitar que tal episódio ocorresse reiteradamente, bem como também para desestimular que outros indivíduos viessem a praticar tais condutas visando se tornarem “celebridades” no universo criminoso, o que fulminou, porquanto, na promulgação do “*Son of Sam Laws*”.

7 Conclusão

Ante o exposto, com fulcro no que instruem os princípios apresentados no desenrolar do presente artigo, entende-se que Eduardo Cunha não poderá embolsar os lucros provenientes de uma eventual publicação de sua autobiografia, uma vez que, caso isso aconteça, o ex-parlamentar estaria se aproveitando de uma conduta ilícita – ainda que esta tenha sido realizada em tempos de outrora – para a obtenção de lucro, o que violaria o que instrui o norteador princípio da boa-fé objetiva.

Não obstante, repise-se que o ex-presidente da Câmara dos Deputados não está impossibilitado de publicar sua autobiografia, uma vez que, desde que não atinja a moral de terceiros no texto de sua obra, tal ato se encontrará recoberto de licitude e amparo constitucional.

Nesse sentido, devido à relevância do assunto, o presente artigo foi desenvolvido com o condão de instigar o estudo a respeito do tema, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio, por ora, está omissivo no tocante a comandos positivos que regulamentem a possibilidade de Eduardo Cunha embolsar os lucros oriundos de sua autobiografia, situação que pode mudar com a eventual aprovação do Projeto de Lei nº 50/2016.

Referências

Doca Street afirma que mereceu ser condenado. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0109200607.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. Saraiva. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

O CASO Doca Street. **OAB São Paulo**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>. Acesso em: 15 fev. 2019.

PAGAR por relatos de crime pode ser vetado. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft28049806.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ROSENVOLD, Nelson. **Pode Eduardo Cunha embolsar os lucros de sua autobiografia?** Disponível em: <https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2016/10/11/Pode-Eduardo-Cunha-embolsar-os-lucros-de-sua-autobiografia>. Acesso em: 15 fev. 2019.

PROJETO proíbe condenados por assassinado de lucrar com obras sobre o crime. **Senado Notícias**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/24/projeto-proibe-condenados-por-assassinato-de-lucrar-com-obra-sobre-o-crime>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ROUSSEAU e o Contrato Social. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/rousseau-contrato-social.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

A tributação dos jogos de azar

Income tax on gambling

Geovana Gomes Fonseca

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: geovanagf@unipam.edu.br

Resumo: Este estudo tem como temática central investigar, partindo da hipótese de legalização dos jogos de azar, o funcionamento da tributação incidente sobre a exploração dessa atividade. Para alimentar essa investigação, pretende-se responder a questões sobre como ocorrerá essa tributação, a modalidade de tributo incidente, a necessidade da criação de novo tributo, isto é, discutir a viabilidade da aplicação e o mecanismo de tributação sobre essa nova fonte. Haverá, para tanto, análise do sistema tributário brasileiro sempre à luz da norma suprema, perpassando a matéria no âmbito internacional, por meio do estudo comparado, naqueles países onde o objeto ora estudado já é prática vigente, e quais as possibilidades de implantação do mesmo mecanismo no Brasil. A legalização das contravenções penais aqui tratadas requer debates profundos e duradouros. O projeto de lei que deu ensejo a esta discussão está em tramitação nas casas legislativas, de modo a caminhar para o que seria mais viável para a sociedade.

Palavras-chave: Tributo. Jogos de azar. Sistema Tributário. Contravenção Penal.

Abstract: The purpose of this study is to investigate, considering the hypothesis of legalizing gambling, the taxation levied on the exploitation of this activity. To help this investigation, it intends to answer questions about how this taxation occurs, the type of incident tax, a necessity to create a new tax, that is, to discuss the feasibility of the application and the taxation mechanism on this new source. Therefore, there will be an analysis of the tax system always in the light of the constitution, passing through the matter at the international level, in those countries where the object or study is already a practice, and what are the possibilities for implementing the same mechanism in Brazil. The legalization of criminal offenses treated here requires deep and long lasting debates. The bill that gave a reason to this discussion is in progress in the legislative houses in order to move towards what would be more viable for society.

Keywords: Tribute. Gambling. Tax system. Criminal Misdemeanor.

1 Considerações iniciais

Sendo o Estado responsável por garantir o desenvolvimento nacional, como estipulou o legislador constituinte ao ditar os objetivos da República, e ansiando a população pelos direitos fundamentais suscitados na Carta Magna, o alcance deste intento necessita daquilo que é chamado de verba pública. Para tanto, são os tributos a principal fonte garantidora dos objetivos inseridos na carta constitucional.

Conforme o Código Tributário Nacional – CTN (BRASIL, 1966, s/p), tributo é toda prestação pecuniária compulsória que não tenha caráter de sanção. Para ser cobrada deve ser instituída em lei e essa cobrança deve se dar de maneira plenamente vinculada, observando os princípios e a ordem tributária nacional, consoante o que impõe a

Constituição da República (CR). Quanto a essa cobrança, segundo Ricardo Lobo Torres (1997, p. 211), não cabe distinguir entre atos lícitos ou ilícitos a fonte geradora de tributação: se alguma atividade é ilícita ou imoral ainda assim será tributada.

A prática e a exploração dos jogos de azar são, atualmente, condutas proibidas, *ex vi* do Decreto-Lei nº 9.215/46, bem como estabelecer ou explorar os jogos de azar em local público ou de acesso ao público e participar dos mesmos, são atos que têm natureza de contravenção penal, por previsão do Decreto-Lei nº 3.688/41, então apelidado de Lei de Contravenções Penais. Até o momento, mesmo sob a ótica da afirmação de Torres e de outros que o acompanham, sobre essa atividade não incide a contribuição obrigatória com destino aos cofres públicos – o tributo.

A ciência que ora trata das diversas espécies de tributos e do manejo de todas elas é o Direito Tributário, disciplina que estuda um princípio de marcante presença intitulado “Princípio da *pecunia non olet*”, que, em síntese, expressa que “o dinheiro não tem cheiro”. Logo, associando a aplicação desse preceito ao ideal de que independe a ilicitude ou imoralidade da atividade para sua tributação, cabe alegar que as atividades que envolvem jogos de azar, ainda que na ilegalidade, devem ser tributadas pela União, na medida em que é convencionada a base de cálculo e a alíquota na lei tributária.

Apesar de sua ilegalidade atual, a discussão para retirada do “status estigmatizante” da atividade dos jogos de azar se arrasta ao longo dos anos. O Projeto de Lei do Senado – PLS mais atual, nº 186/2014, de autoria do Senador Ciro Nogueira, está em tramitação nas Casas Legislativas. A realidade brasileira conta com a presença dos jogos em seu cotidiano, entretanto, dessas atividades, atualmente, apenas se colhem os malefícios, os benefícios não são auferidos e poderiam advir da tributação (NOGUEIRA, 2017, s/p). Sendo assim, o foco da atual proposta é “legalizar para tributar”.

Diante do exposto, questiona-se, então: se legalizados, como ocorrerá a tributação dos jogos de azar? Qual o tributo incidente? Será necessária a criação de nova modalidade tributária? A Constituição Federal admite essa criação? Qual o ente federativo competente por instituir a adequada espécie tributária?

O foco desta pesquisa é analisar, no âmbito tributário, o funcionamento dessa arrecadação a partir da hipotética e almejada legalização. Para tanto, será necessário o estudo comparado com a legislação estrangeira, de países como Portugal e Estados Unidos da América (EUA), onde essas atividades são regulamentadas e tributadas. Não será objeto de estudo aprofundado o âmbito penal ou o impacto social da atividade, tampouco a análise comportamental de apostadores ou exploradores.

Dentre a diversidade de metodologias disponíveis para realização da pesquisa científica, neste trabalho evidenciar-se-á o emprego do método teórico, visto que estuda fatos já existentes e conflitos que os envolvem. Para, então, atingir seu fim, o trabalho se enveredará pelos métodos de pesquisa bibliográfica, documental, pelo estudo comparado com o ordenamento jurídico de outros países, além da análise dos julgados dos tribunais brasileiros.

2 A prática e a exploração ilegal dos jogos de azar

Na letra da lei (art. 50, §3º, DL 3.688/41), o conceito genérico de jogo de azar traz “o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte”. No Brasil, punem-se com multas, confisco de bens e outras sanções penais aplicáveis à participação e exploração de bingos, apostas sobre corridas de cavalo fora de locais autorizados ou outras sobre quaisquer competições esportivas, atividades de loteria não autorizadas, isto é, todas as atividades não legitimadas pelo poder estatal que se adequem ao conceito trazido pela Lei de Contravenções Penais (LCP).

Apesar dessa proibição, a prática e a exploração de jogos de azar são situações corriqueiras no território brasileiro. São diversos estilos de jogos praticados e, diante dessa variedade, surge a dúvida quanto à natureza deles. Da leitura do art. 814, §2º do Código Civil (CC) pode-se afirmar que, na realidade fática brasileira, encontram-se três naturezas de jogos.

Diz o referido dispositivo legal:

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos (BRASIL, 2002, s/p).

Destarte, de acordo com a interpretação do dispositivo legal acima, define-se que existem os jogos proibidos, os não proibidos e os legalmente permitidos. Essa interpretação foi analisada, primeiramente, em uma sessão do portal jurídico Investidura, que nessa ocasião voltou atenção ao estudo dos jogos de azar e sua ilegalidade. As ideias que seguem abaixo, partindo do pressuposto dessas três naturezas jurídicas, foram trazidas nesse portal em 2009, autoria de seis pesquisadores do direito.

Aqueles que se encaixam em toda a descrição dada pela previsão do artigo 50 e seus parágrafos 3º e 4º da LCP são os, por ora, proibidos:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

[...] § 3º Consideram-se, jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

- a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;
- b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;
- c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino (BRASIL, 1941, s/p).

Assim, o jogo proibido é aquele que tem como fator absoluto a sorte do jogador, ignorando se há habilidade dele para a atividade.

Em 2008, no julgamento de um Mandado de Segurança a respeito de ingresso em clube de pôquer sob o pretexto de força-tarefa contra os jogos de azar, foi reconhecido que, para receber essa classificação, não deve prevalecer no jogo a habilidade, mas, sim, o fator sorte. Logo, considerando as classificações ditadas pelo artigo 814, §2º do Código Civil, na ocasião ficou entendida a existência do jogo não proibido, a exemplo do pôquer, concluindo-se que, na verdade, “proibida é a aposta onerosa entre os jogadores, não o jogo” (BRASIL. TJRS. Mandado de Segurança n. 039.10.017377-0. 2010). Mais tarde, em 2010, estando a mesma modalidade de jogo sob análise em outro tribunal, o entendimento foi reproduzido:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO. JOGO DE PÔQUER. JOGO DE HABILIDADE. TIPIFICAÇÃO COMO JOGO DE AZAR NÃO CONFIGURADA. O jogo de pôquer não pode ser considerado como jogo de azar, pois, tal modalidade depende da habilidade de seus participantes em efetuarem a leitura do comportamento do outro participante, e a capacidade do contendor saber dissimular os seus (BRASIL. TJSC. Vara da Fazenda da Comarca de Lajes. Mandado de Segurança n. 039.10.017377-0. 2010).

Para finalizar a definição das espécies de jogos, apresentam-se os jogos permitidos legalmente. Estes são os definidos por lei, cuja regularização é competência da União, dotados de interesse social. Têm como exemplo as corridas de automóveis, competições de esporte e, principalmente, as loterias, cuja previsão está em norma própria – que determina de seu estabelecimento à sua tributação – sendo de monopólio exploratório da Caixa Econômica Federal (MATSUMOTO *et al.*, 2009, s/p).

Os jogos de azar são práticas que obtêm a simpatia da sociedade. Como bem demonstra a justificativa do atual projeto de lei que trata de sua possível legalização, esta seria apenas uma maneira de lidar com “a realidade social da forma como ela se apresenta” (NOGUEIRA, 2014, p. 15). Dessa feita, as políticas proibitivas tendem a não surtir os efeitos desejados. O que a realidade apresenta é que não há quem deixe de apostar por haver proibição, esta continua ocorrendo, clandestinamente.

A comprovação do que se afirma, segundo o Senador Ciro Nogueira, está nas estatísticas do Instituto de Pesquisa e Inteligência dos Mercados do Mundo (IPSOS), que apontam que cerca de 8,7 milhões de pessoas jogam algum tipo de jogo online no Brasil. O movimento dessas apostas gera uma verba clandestina de R\$ 18 bilhões com jogos do bicho, bingo, caça-níqueis, apostas esportivas, dentre outros jogos (BOLETIM DE NOTÍCIAS LOTÉRICAS, 2013, s/p *apud* NOGUEIRA, 2014, p. 14).

Todos esses números demonstram que o sociólogo francês Loic Wacquant não se equivoca ao dizer que “a prática dos jogos de azar é socialmente aceita e está arraigada nos costumes da sociedade. [...] faz parte da cultura, já se tornou um folclore. A lei penal não tem o poder de revogar a lei econômica da oferta e da procura”. E conclui, ainda, que “se a demanda não for suprida pelo mercado lícito, será suprida pelo ilícito”

(WACQUANT, 2008, p. 72 *apud* NOGUEIRA, 2014, p. 12). Não há dúvidas que isto vem ocorrendo.

3 A proposta de legalização dos jogos de azar

As razões que fundamentam a ilegalidade dos jogos de azar baseiam-se tanto mais no senso moral que no senso legal. Isto é evidenciado tanto nos argumentos trazidos no preâmbulo do decreto-lei (DL nº 9.215/46) que os proíbem, como na esfera jurisdicional.

Em suas motivações para essa proibição e retomada da natureza de contravenção a essas atividades, Eurico Gaspar Dutra fez menção à “tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro contrária à prática e à exploração e jogos de azar” (BRASIL, 1946, s/p). E, ainda, houve momentos em que os tribunais brasileiros, seguindo essa consciência social, consideraram a rifa, que na previsão do art. 51 §2º e 52 da LCP é proibida no território brasileiro, prática “inofensiva à sociedade” (MATSUMOTO *et al.*, 2009, s/p) e, portanto, é modalidade de jogo cuja obrigação estabelecida não pode deixar de ser cumprida pelos promoventes do sorteio, trazendo a ela uma relativa aceitação. Isto porque alguns julgados foram proferidos no sentido de que o adquirente do bilhete, em boa-fé, tem direito de reclamar o prêmio não colhido quando comprovadamente premiado, visto que, usualmente, a rifa é utilizada por instituições que não buscam lucro, mas um ganho que será revertido em proveito da sociedade, como as associações religiosas, por exemplo, e, assim, há ausência da finalidade maliciosamente lucrativa.

[...] Quando o sorteio de "rifa" não é autorizado pelo Poder Público constitui infração penal. Entretanto, deve-se ressaltar que o terceiro adquirente de boa-fé não pode ser penalizado pela negligência daquele que realiza a promoção. Assim, comprovada a premiação, o sorteado tem direito à entrega do prêmio (BRASIL. TJSC. Ação de Cobrança. Apelação Cível n. 2001.011726-6. Apelante: Associação dos Empregados da Metalúrgica Souza. Apelado: Darci Adriani de Pieri. Relator: Mazoni Ferreira. Santa Catarina, 20 de novembro de 2003).

Sendo assim, devido à sua aceitação social e ausência de ofensa à moral, a rifa, apesar de expressamente prevista como jogo de azar, traz característica e aplicabilidade de jogo não proibido, mesmo que dependa exclusivamente do fator de sorte (MATSUMOTO *et al.*, 2009, s/p).

A norma é uma designação de competência que emana de alguém para que outrem cumpra um ato determinado como obrigatório, um dever-ser (KELSEN, 2012, p. 5). Cabe ressaltar que, em um estado democrático de direito, há obrigatoriedade de se levar em consideração aspectos jurídicos na criação de suas normas, com a finalidade de garantir a melhor organização de sua sociedade. Para tal, além de normativas adequadas, o Estado necessita de recursos financeiros e estes não podem ser extraídos da moral. Logo, conduzir as imposições normativas baseando-se, exclusivamente, em conceitos morais não é adequado.

Quanto à aplicação das normas proibitivas aos jogos de azar, pautadas em critérios de grupos singulares da época, religiosos, moralistas, deve-se observar o que

Kelsen (2012, p.11) menciona a respeito da valoração da realidade fática frente à norma posta. O doutrinador explica que os atos não são desde sempre um dever-ser, mas, ao ocorrer com habitualidade dentro de um grupo do qual o indivíduo faz parte, surge para este uma ideia de se conduzir a um costume de uma coletividade e caminhar, assim, para uma ordem que se imporá a ela. Logo, sobre o ato do indivíduo que se dá em confronto com a conduta habitual de sua sociedade e que, por isso, tornou-se norma, dá-se um juízo de valor negativo.

Entretanto, nas décadas anteriores à proibição dos jogos de azar no território nacional, sua prática era um costume na sociedade brasileira, e, consoante ao raciocínio de Kelsen, pode-se ousar dizer que à conduta de proibição é que se deve dar um juízo de valor negativo. No século atual, o costume se manteve, apesar de ser contrário à norma.

Dito isso, diversos foram os projetos já esquecidos na tentativa de restaurar essa prática à legalidade. A respeito desse tema, Tanji (2017, s/p), em artigo online, apresentou um histórico, desde a primeira regularização das apostas, em 1920.

Teve início na década de 20 a permissiva ao funcionamento de casas de aposta, apenas em instâncias de turismo, autorização dada no governo do presidente Epitácio Pessoa. Na década seguinte, após um intervalo de proibição, Getúlio Vargas retoma com a construção de cassinos, e três anos depois inaugura o Cassino da Urca, Rio de Janeiro. Em 1941, a LCP veio proibir e sancionar a prática e exploração dos jogos de azar, da mesma maneira que prevê, atualmente, colocando os cassinos e casas de jogos do momento em situação delicada. Cinco anos se passam e Eurico Gaspar Dutra determina o fechamento dos cassinos do país e o restabelecimento da ilegalidade dos jogos de azar.

Algumas décadas depois surge a “Lei Zico”, regularizando os jogos de bingo, voltada ao recolhimento de impostos e, ainda, estimulando os esportes olímpicos. Infelizmente, após denúncias de corrupção, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva determina o fechamento das casas de práticas dessa atividade.

É necessário ressaltar que onde há jogo de apostas, há arrecadação volumosa. É monopólio da Caixa Econômica Federal, desde 1962, o controle dos jogos de azar legalmente permitidos. Dados de 2016 apontam que cerca de R\$ 12,8 bilhões foram arrecadados apenas neste exercício financeiro, através da Mega Sena e Loteca. O bingo e o jogo do bicho, ainda que na obscuridade da lei, segundo especialistas culminam em arrecadações de cerca de R\$ 1,3 bilhão e R\$ 12 bilhões anuais, respectivamente (TANJI, 2017, s/p).

Dentre os projetos já discutidos a respeito da legalização, houve, em 1991, o Projeto de Lei – PL nº 442, que, junto a seus apensos, é apelidado de “Marco Regulatório dos Jogos no Brasil”. Esse texto legal, originalmente voltado à modalidade jogo do bicho, junto aos seus 16 apensos, trata também da legalização, implantação e fiscalização dos jogos de azar. Sua justificativa apresentou, dentre outros, os seguintes argumentos:

Centenária, resistindo a tudo e a todos, a prática contravencional persiste indene à repressão estatal graças à simpatia da sociedade em todos os graus de sua estratificação. A demonstrar, somente por esta realidade inquestionável, que o “jogo do bicho” deve ser descriminalizado, a fim de que possa ser regulamentado e canalizados os seus benefícios para obras de interesse social, a exemplo dos

demais jogos de azar existentes e tutelados pelo Estado, passando esta modalidade de jogo a ser tributada, inclusive pela Previdência Social (VIANNA, 1991, p. 44).

Pelo trecho, pode-se extrair que não é atual a ideia de que coibir e sancionar a prática e exploração dos jogos de azar não condiz com seu argumento essencial para proibição – a própria sociedade é conivente com a prática dos jogos.

Entretanto, a tramitação desse projeto se estende por 27 anos, entre apensamentos, análises em comissões especiais, provimentos e improvements, e, apesar de manifestações positivas nessas comissões, de pronunciamentos providos pelos relatores que já estiveram com este caso sob análise, nada foi concluído.

Ainda que a tramitação do projeto de 1991 esteja ativa, porém sustada, em 2008 surge o PL nº 2826, de autoria do deputado Maurício Quintella Lessa. Esse projeto trata dos trâmites burocráticos para estabelecimentos que desejem manter a exploração dos jogos, sobre os registros, os permissivos e proibitivos a essas empresas. Sua justificção menciona que “trata-se de projeto autorizativo, uma vez que é delegada aos Estados e ao Distrito Federal a decisão de permitir em seus territórios a exploração dos jogos de azar” (LESSA, 2008, p. 11).

Nessa ocasião, fora mencionada a possibilidade de instituição de contribuição social, por meio de lei ordinária, sobre as atividades de que aqui se trata, o que se assemelha ao mais atual PLS nº 186, apresentado pelo senador Ciro Nogueira no ano de 2014. Esse projeto requer foco profundo nesta pesquisa, pois, como dito antes, seu objetivo principal é legalizar com fins de tributação.

Logo de início, o texto do artigo 2º do projeto demonstra o apreço pela regulamentação dos jogos de azar em todo o território nacional, reconhecendo que essa prática tem “valor histórico-nacional” e “finalidade social para o país”. Seguidamente, o projeto deixa bem definido a quais jogos se aplica e a definição destes. A autorização para a exploração ficaria a cargo das Unidades Federativas e do Distrito Federal, credenciando, por órgão que seria indicado pelo Poder Executivo Federal, a pessoa jurídica interessada que apresente as condições firmadas também no texto legal proposto (NOGUEIRA, 2014, s/p).

Para cada modalidade de jogo delimitada no projeto, é estabelecido o percentual destinado ao Estado, que incidiria sobre as arrecadações, tanto do afortunado, quanto do explorador. Para os jogos do bicho e vídeo-loteria, por exemplo, o artigo 10 estabelece:

Art. 10 Os recursos arrecadados nos jogos do bicho e de vídeo-loteria terão a seguinte destinação:

I – no mínimo 60% (sessenta por cento) da arrecadação bruta para a premiação, incluindo nesse percentual a parcela correspondente ao imposto sobre a renda e outros eventuais tributos sobre a premiação, na hipótese de jogo do bicho;

II – no mínimo 70% (setenta por cento) da arrecadação bruta para a premiação, incluindo neste percentual a parcela correspondente ao imposto sobre a renda e outros eventuais tributos sobre a premiação, na hipótese de jogo de vídeo-loteria;

III – 7% (sete por cento) da arrecadação bruta para a unidade federada do domicílio fiscal da pessoa jurídica que explorar a loteria do bicho, na hipótese de

jogo do bicho, ou, na hipótese de jogo de vídeo-loteria, para a unidade federada onde esteja instalado o equipamento terminal de vídeo-loteria;
IV – 3% (três por cento) da arrecadação bruta para o Município do domicílio fiscal da pessoa jurídica que explorar a loteria do bicho, na hipótese de jogo do bicho, ou, na hipótese de jogo de vídeo-loteria, para o Município onde esteja instalado o equipamento terminal de vídeo-loteria; e
V – o percentual restante para a empresa autorizada a explorar a atividade de jogo do bicho ou de vídeo-loteria (NOGUEIRA, 2014, p. 5).

A localidade onde se instituirá essa exploração também é preocupação do projeto. O artigo 20 do texto diz que devem ser consideradas “a existência de patrimônio turístico local a ser valorizado” e “a carência de alternativas para o desenvolvimento econômico social da região”, a serem assim definidas pelo Estado ou Distrito Federal e submetidas à avaliação do Poder Executivo, para que não se perca o intuito de promover a máquina turística e o fomento das políticas de desenvolvimento. Um tanto quanto criticável esse trecho, pois parece substancialmente vago, mas, em suma, o projeto aponta diretrizes iniciais à regulamentação da atividade, que, ao longo tempo, aliadas aos demais órgãos do poder estatal, serão mais bem ajustadas à realidade que poderá originar no Brasil.

O projeto de lei, em momento algum, é utopista a ponto de ignorar que é possível a ocorrência de tentativas ludibriantes ao funcionamento dessa atividade em conformidade com a lei. Logo, seu texto também traz a previsão para fiscalização de possíveis infrações administrativas, sanção a estas e sanção a crimes com suas respectivas penas, caso ocorram.

Por fim, a redação legal, atenciosa à previsão do artigo 195 da Constituição Federal, que menciona a responsabilidade compartilhada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em prover o financiamento da seguridade social, inclusive por meio dos concursos prognósticos (inciso III), vê nesta regularização a oportunidade de atender ao objetivo da Carta Suprema, indicando, assim, a incidência da modalidade tributária “contribuição social” sobre as atividades nela aludidas.

Entretanto, como toda discussão jurídica, apresenta prós e contras, esta não seria diferente. Aqueles que defendem uma ótica contrária à legalização estão focados em dois argumentos principais: um possível retrocesso nas políticas públicas de combate e prevenção na lavagem de dinheiro e o jogo enquanto patologia.

O primeiro ponto pode ser observado no parecer da Procuradoria Geral da República a respeito do PLS nº 186/14. Em sua análise, o procurador da república e secretário de relações institucionais Peterson de Paula Pereira traz o texto da reunião plenária de 2015 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos (ENCCLA), que, por meio da recomendação de número VI, deliberou:

Considerando a experiência nacional e estudos internacionais que apontam vulnerabilidade do setor de jogos de azar ao cometimento de crimes e dificuldade de fiscalização, a ENCCLA recomenda ao Congresso Nacional que, na eventual apreciação de proposições legislativas para autorizar a exploração de jogos de azar, sejam considerados os padrões internacionais de prevenção à lavagem de

dinheiro, inclusive a necessidade de estrito controle administrativo por órgão especializado (ENCCLA, 2015, *s/p apud* PEREIRA, 2016, p. 3).

Sobre esse parecer, o secretário menciona em sua nota técnica que, no PLS, “em nenhum momento há menção de estudos de legislação comparada [...], e, tampouco que estariam sendo adotados padrões internacionais de proteção para evitar a lavagem de ativos” (PEREIRA, 2016, p. 2-3).

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) a respeito do projeto o rejeita sob a alegação de que é necessário um órgão específico para fiscalização dos jogos, órgão este que cabe ao Poder Executivo criar, e, em razão de o projeto não ter competência para fazê-lo, a exploração dos jogos seria liberada sem que qualquer autoridade governamental atuasse sobre a atividade, deixando-a mais vulnerável à lavagem de ativos (RODRIGUES, 2018, p. 4).

Quanto à patologia envolvida, o texto do primeiro relator da CCJ, o senador Randolfe Rodrigues, aponta que “desde os anos de 1980, o jogo patológico foi incluído como categoria de transtorno impulsivo, segundo os critérios para diagnósticos de doenças mentais estabelecidos pela Associação Psiquiátrica Americana” (RODRIGUES, 2018, p.9). Na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID – 10), está inscrito dentre os transtornos de hábitos e impulsos sob o código F63.0. Sendo, então, comprovadamente, um estado patológico, os membros públicos temem a falta de estrutura da saúde pública para atendê-los, caso o número de doentes aumente com a legalização da prática, e que em nada justifica a arrecadação com essa atividade, se ela será gasta no tratamento para patologias que a própria fonte da renda está criando.

Apesar de que os pontos negativos são deveras relevantes e não podem ser ignorados, cumpre lembrar que os jogos, enquanto atividade ilícita, estão vulneráveis a mais do que crime de lavagem de ativos e corrupção. Somente a sua prática já é crime e não deixa de acontecer. A patologia também não acaba por ser um ilícito – pior, além de doente, o praticante se torna infrator. Logo, são discursos hipócritas que movem essas justificativas.

Válido observar que a situação econômica brasileira passa por um momento de déficits, que se arrasta ao longo dos anos. Em busca de soluções para esse desnível financeiro do país, lança-se mão de cortes nos gastos públicos e principalmente da busca de novas alternativas de aplicação do campo tributário, por exemplo, o aumento do PIS/COFINS sobre o combustível, ocorrido em 2017.

Com a nova proposta de legalização dos jogos de azar com foco principal na tributação dessa atividade, enxerga-se uma oportunidade de arrecadação para os cofres públicos, para que se obtenha mais do que somente os malefícios, como ocorre atualmente, mas os benefícios, a extração de parte dos montantes arrecadados nessa exploração, dirigindo-a ao Estado.

4 A tributação dos jogos de azar

Avaliar a viabilidade de uma atividade de maneira hipotética pode ser, além de um tanto quanto complicado, algo arriscado, principalmente quando se trata de uma

atividade econômica que, por ora, tem sua legalidade como assunto deveras conflituoso. Portanto, o mais sensato a ser feito é observar modelos, em aparente bom funcionamento, externos à realidade brasileira e espelhar-se neles, na tentativa de estabelecer um sistema eficaz, isto é, tanto quanto rentável.

Segundo dados apresentados em 2016 pela Comissão Especial do Marco Regulatório do Jogo no Brasil, da Câmara dos Deputados, dos 156 países que compõem a Organização Mundial do Turismo (OMT), cerca de 111 mantêm o jogo na legalidade. Isso representa 71,16% deles. Entre os participantes do G20, o número vai para 93% – a porcentagem restante é integrada por Brasil, Arábia Saudita e Indonésia (6,97%). E, dos países-membros da Organização das Nações Unidas, sendo, na data dos estudos, 193 países, 75,52% têm o jogo legalizado. O mesmo estudo aponta que “a indústria do jogo movimenta anualmente 488 bilhões de dólares (2015).” (INSTITUTO BRASILEIRO DE JOGO LEGAL, 2016, s/p).

4.1 A Tributação em âmbito internacional

Para início do estudo comparado que se propõe enquanto método para atingir a finalidade desta pesquisa, em seguida, apresentam-se as amostras utilizadas que tiveram por critério de escolha o sistema *civil law*¹ de Portugal, país culturalmente próximo ao Brasil, e o sistema *common law*² dos Estados Unidos da América, cuja atividade de jogos é a mais conhecida mundialmente.

4.1.1 Portugal e o *Civil Law*

O histórico dos jogos de fortuna – assim nomeados na República Portuguesa – se assemelha ao vivido no Brasil, pois, durante longos períodos, houve conflitos sobre a legalidade dessa prática. Ocorre que, em Portugal, essa disputa seguiu um caminho diferente do que vem trilhando o Brasil, e, atualmente, os jogos de azar são devidamente regulamentados.

O Decreto-Lei nº 422, promulgado na República Portuguesa em 1989, é resultado da percepção de que sem as disposições repressivas os interesses familiares ainda são acautelados. Antes, a lei era ignorada, as consequências na sociedade eram sentidas da mesma forma e, mesmo assim, não se arrecadava nada (REIS, 2019, s/p).

O que o decreto regulamenta está voltado, segundo a letra da lei, “a um sistema mais adequado de regulamentação e de controlo da actividade, sem deixar de acautelar a defesa dos direitos constituídos” (PORTUGAL, 1989, s/p). Abraça, assim, os interesses da “ordem pública, respectivas incidências sociais, administrativas, penais e tributárias” (PORTUGAL, 1989, s/p), sendo esta última aquela que mais interessa a este estudo.

¹ Sistema jurídico regido de maneira tal que as decisões são tomadas conforme a legislação, atuando a jurisprudência apenas como guia para basear entendimentos. Oficialmente adotado no Brasil (VIDAL, 2016, s/p).

² Sistema jurídico diverso do anterior. É regido pelos precedentes judiciais e costumes pré-existentes. Característico de países anglo-americanos (GARCIA, 2015, p. 77-78).

O Capítulo VII da referida legislação portuguesa, iniciado no artigo 84, fala sobre o regime fiscal aplicado à prática aqui tratada. Prescreve o primeiro item do artigo que as concessionárias, empresas autorizadas pelo governo a explorar a prática dos jogos de fortuna, estão obrigadas ao pagamento de “Imposto Especial de Jogo - IEJ” durante o exercício da atividade. A maior parte (77,5%) do que se arrecada é obrigatoriamente destinada a um “Fundo de Turismo” (PORTUGAL, 1989, s/p).

Esse imposto foi inicialmente criado em 1927 e é atualmente regulamentado pelo decreto que também rege a atividade dos jogos de azar, fundamentalmente dos cassinos. Na sua criação, foi pensado para incidir sobre atividades concretas, físicas, localizadas em determinado território, pois o percentual tributário atribuído leva em consideração a localização geográfica do local de jogos (RAMA, 2016, p. 30).

Diante disso, quanto aos jogos de azar online, verificou-se a impossibilidade de sua incidência, e sobre estes ainda se discute qual espécie tributária a ser aplicada, tendo em vista a falta de previsão legislativa adequada à sua moderna plataforma de uso.

Importante ressaltar que a tributação dos jogos não se limita ao IEJ. Outras modalidades devem ser observadas, como o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), que incide sobre as empresas de jogos nas quais não há presença do IEJ, independentemente de legalizadas ou não. Até 2010, os prêmios concedidos em sede de jogos de azar eram tributados pelo Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) por haver um incremento patrimonial. Porém, deste ano em diante, entrou na previsão da tabela geral do Código do Imposto de Selo (CIS), tornando-se sujeito passivo do Imposto de Selo (IS), não mais sendo tributado pelo IRS, pois o motivo que leva à incidência do IS é o mesmo, não cabendo a aplicação de ambos concomitantemente (RAMA, 2016, p. 30-33).

Com a demonstrada incidência de diversas espécies tributárias, pode-se afirmar que altos percentuais são repassados ao governo português. Sendo assim, a sociedade deste Estado muito se beneficia com a atividade, ainda que na ilegalidade (lembrando a incidência do IRC). A exemplo, o IEJ é responsável por um repasse milionário à indústria turística do país, refletindo de maneira tal que esta atividade se faz essencial para a economia portuguesa. O turismo é responsável por 10% do Produto Interno Bruto (PIB) e 11% do emprego em nível nacional (ANTUNES, 2012, s/p).

4.1.2 Estados Unidos da América e o *Common Law*

“A indústria do jogo nos EUA movimenta anualmente 240 bilhões de dólares, paga 38 bilhões de dólares em tributos, emprega 1,7 milhão de trabalhadores que recebem 73,5 bilhões em salários” (INSTITUTO BRASILEIRO DE JOGO LEGAL, 2016, s/p).

É com esses dados introdutórios que se iniciam os estudos dos jogos de azar no país onde o mercado destes é o mais famoso, onde está situada Las Vegas, no estado de Nevada, “a cidade do pecado”, tão conhecida por seus cassinos e casas de jogos.

O ordenamento jurídico norte-americano tem como alicerce o sistema *common law*, isto é, arraigado em precedentes da Suprema Corte e diretivas principiológicas, sobressaindo esses parâmetros à legislação positivada. Diante disso, o sistema tributário estadunidense é essencialmente orientado por três doutrinas: a) teoria da substância

sobre a forma, b) teoria do propósito negocial e c) teoria da transação-etapa. Essas teorias são observadas para evitar disfarces ao real conteúdo dos negócios jurídicos a serem tributados, pois é responsabilidade do contribuinte informar seus ganhos e fatos econômicos sobre os quais incidirá a tributação (*voluntary compliance*), aplicando sanções severas aos sonegadores (PAES; OLIVEIRA, 2015, p. 58).

É de suma importância para o tema recobrar o sistema federalista descentralizado dos Estados Unidos. Isto implica saber que o recolhimento desses tributos se faz por modalidade tributária e por esfera, a renda sendo tributada em nível federal, o consumo, estadual e a propriedade com base local. As alíquotas são definidas por estado ou cidade. Em determinados locais, pode acontecer de o tributo nem ser instituído.

Sobre o sistema de tributação norte-americano, os estudiosos José Eduardo Sabo Paes e Marcos Roberto Oliveira explicam:

Na divisão de competências tributárias, o governo federal deve estar investido dos poderes básicos de tributação. Os poderes tributários dos Estados são inerentes aos seus direitos de autonomia federativa e se baseiam na doutrina do poder residual (PAES; OLIVEIRA, 2015, p. 62).

Nevada, o estado cuja atividade de prática e exploração dos jogos de azar é de forte ocorrência devido a Las Vegas, conta com o órgão *Nevada Gaming Control Board*, responsável pelo controle das atividades de jogos do estado, presidido pela ex-senadora americana Becky Harris (GOMES, 2018, s/p). Em seminário realizado na Câmara dos Deputados brasileira a respeito do tema da legalização dos jogos, enquanto convidada, Becky disse:

Em Nevada toda a sociedade entende o benefício da atividade de jogos e o quanto o setor representa para a economia local. Se o Congresso brasileiro aprovar uma regulamentação bastante rígida e abrangendo todas as características que a atividade envolve, a Comissão de Jogos de Nevada estará à disposição para colaborar com toda nossa experiência de regulamentação (HARRIS, 2018, informação verbal).

Os principais impostos dos Estados Unidos são o individual e *corporate income tax*. Em esfera nacional, federal *income tax* e *income tax* na esfera estadual, alguns estados sequer auferem este último, estas modalidades se assemelham àquelas de imposto sobre a renda instituídas no Brasil. O *payroll tax*, incidente na folha de pagamento e destinado à seguridade social, o *gift tax* e *estates tax*, o primeiro sobre doações e o segundo sobre transferências, o *sales tax*, imposto sobre consumo, semelhante ao imposto sobre circulação e mercadores e serviços – ICMS brasileiro, os impostos sobre propriedade, *transfer tax on the sale of property* (sobre a transferência da propriedade) e *property tax on ownership of real property* (sobre a titularidade da propriedade), ambos de competência dos estados, e, por fim, *franchise tax*, impostos cobrados em alguns estados sobre negócios em franquias (PAES; OLIVEIRA, 2015, p.64). Em Nevada, os impostos são auferidos pelo Departamento de Taxação do estado, não há incidência do *income tax*.

Logo, sobre os pontos de jogos de azar em Las Vegas, há uma série de impostos incidentes, de nível tanto federal quanto estadual. Quanto à propriedade do estabelecimento, o titular deve arcar com o *property tax on ownership of real property* ao estado de Nevada. Por haver, no ambiente, uma prestação de serviços, não se pode desviar do *sale tax* e, ainda, considerando o número de trabalhadores envolvidos nestas atividades, um gordo montante de *payroll tax* financiando a seguridade social. Por fim, anualmente, a cobrança do federal *income tax*, tratando-se de uma alíquota única em nível nacional. Considerando, ainda, tratar-se o estabelecimento de uma franquia, incluir-se-á nesta gama o *franchise tax*.

Desde a autorização dos jogos em 1931 aos dias atuais, Las Vegas foi a cidade dos Estados Unidos que mais cresceu em número de habitantes, segundo o senso do país, mensalmente, milhares de pessoas se dirigem a cidade e por lá se instalam (*States Census Bureau*, 2010, s/p *apud* HISTÓRIA DE LAS VEGAS, 2010, s/p). Segundo o Centro de Pesquisa de Jogos da Universidade de Nevada, em Las Vegas, o estado de Nevada foi responsável por um repasse de 991 milhões de dólares ao governo norte-americano no ano de 2017.

4.2 A Tributação em âmbito nacional

Em abril de 2018, membros dos três poderes brasileiros e autoridades estrangeiras reuniram-se em seminário sobre os jogos de azar, presidido pelo deputado Hermano Passos. A pauta foi a discussão de modelos e parâmetros para legalização dos jogos de azar. Entre os presentes estava Michael Pollock, diretor do *National Council of Legislators from Gaming States* –(NCLGS)³, dos Estados Unidos, que, na ocasião, mencionou:

Esse é um tipo de evento que apresenta muitas informações e o Brasil está fazendo do jeito certo. O Brasil está atento, olhando o que funciona bem ao redor do mundo e o que não funciona. Ninguém está aqui argumentando que o Brasil deve legalizar os jogos, mas, se esse for o caso, é necessário fazer do melhor jeito possível (POLLOCK, 2018, informação verbal).

Outro convidado para o seminário, William Coley, Senador do Estado de Ohio, cuja atividade dos jogos tem legalização bem recente, mencionou a importância de o tema ser amplamente discutido, gastando o tempo necessário para que se faça uma análise minuciosa dos pontos negativos e positivos a fim de “garantir uma legislação que atenda os interesses da população brasileira” (COLEY, 2018, informação verbal).

Por essas declarações de autoridades que vivenciaram o surgimento e desenvolvimento de políticas regulamentadoras dos jogos de azar, num país que foi utilizado neste mesmo trabalho como comparativo por ser referência em desenvolvimento na área, é que se percebe o quanto o Brasil ainda deve amadurecer todas as políticas a circundarem a atividade dos jogos. Nos subtópicos a seguir, persistirá

³ Conselho Nacional de Legisladores dos Estados de Jogos (tradução pessoal).

a análise de hipóteses tributárias, agora no âmbito brasileiro, e a aplicabilidade destas às atividades de jogos de azar.

4.2.1 Imposto de renda e o princípio da *pecunia non olet*

Modalidade de tributo federal não vinculada, isto é, auferida para manutenção estatal em geral, é o imposto ao qual se refere o artigo 153, inciso III, da Constituição da República (CR), cuja fonte geradora advém de “rendas e proventos de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

Conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, expressa no informativo nº 637 desta Corte, do artigo 118 do CTN se extrai o princípio da *pecunia non olet*. Na ocasião, o tribunal julgava *Habeas Corpus* que foi denegado a recorrente condenado por crime contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I da lei 8.137/1990. O que foi argumentado pelo impetrante foi a ausência da conduta, em razão dos valores não declarados advirem de jogo do bicho e o fato de que “a interpretação sistemática de nosso direito fulmina de nulidade todo e qualquer resultado decorrente do ato ilícito”. O posicionamento da Corte acompanhou o voto do Relator Dias Toffoli, conforme se lê:

A jurisprudência da Corte, à luz do artigo 118 do Código Tributário Nacional, assentou entendimento de ser possível a tributação de renda obtida em razão de atividade ilícita, visto que a definição legal do fato gerador é interpretada em abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. Princípio do non olet (BRASIL. STF. Informativo nº 637, Relator: Dias Toffoli. 2011).

Ademais, a própria lei do imposto de renda (Lei 4.506/64), em seu artigo 26, determina que “os rendimentos derivados de atividades ou transações ilícitas, ou percebidos com infração à lei, são sujeitos à tributação, sem prejuízo das sanções que couberem”. Logo, em sua doutrina, conclui Eduardo Sabbag (2016, p. 267) “que o fato tributário deverá ser analisado em sua nudez econômica, longe de conotações extrínsecas”. Alexandre Mazza, por sua vez, pondera:

Há quem sustente que a tributação de atividades ilícitas viole o princípio da moralidade (art. 37, caput, da Constituição). Entretanto, o raciocínio não procede. Se a Administração deixasse de arrecadar tributos por desconfiar da origem do dinheiro, ou pela ilicitude da atividade tributada, estaria descumprindo a lei (art. 118 do CTN), de modo a ferir o princípio da legalidade e a desatender o caráter plenamente vinculado da atividade fiscal (art. 3º do CTN). Além do que ocorreria desoneração tributária da atividade ilegal acarretando verdadeiro incentivo do comportamento contrário à ordem jurídica. Assim, por todas as razões, e ainda em atenção ao princípio da igualdade, a tributação de atividades ilícitas é um imperativo exigido pelo ordenamento jurídico nacional (MAZZA, 2015, p. 284).

Os doutrinadores opostos a essa incidência da tributação sobre atividades ilícitas argumentam a respeito de diversos pontos. Afirmam haver violação à definição de tributo trazida pelo artigo 3º do CTN, quando diz que a exação não tem caráter

sancionatório (SABBAG, 2016, p. 270). Apontam, em dada interpretação, que o surgimento do princípio da *pecunia non olet* na tributação das latrinas do império de Vespasiano não se deu em atividade ilícita, logo, não se justificaria tal conotação (MARTINS, 1989, s/p *apud* CASSONE, 1996, p. 9). Porém, como evidenciado acima, diante da interpretação do STF, esse argumento cai por terra. Tantas outras contrarrazões foram levantadas, porém, ao menos em relação ao imposto de renda, não há o que contestar sua aplicação sobre as rendas e os proventos advindos, no caso em análise, dos jogos de azar, tendo em vista a explícita previsão do artigo 26 da lei 4.506/64, mencionado acima.

Cumprido ressaltar que, apesar de possível e obrigatório, o cumprimento do dever de declaração do Imposto de Renda, incidente sobre essas atividades, torna-se um tanto inviável para o contribuinte infrator, visto que temeria por denunciar sua atividade ilícita declarando-a ao fisco. Dessa maneira, ao ser descoberto o explorador e o praticante que possuem ganhos advindos dos jogos de azar, além de responderem juridicamente pelas previsões da LCP, também se enquadrariam nas hipóteses da lei dos crimes contra a ordem tributária.

4.2.2 Contribuição social

Essa espécie de tributo faz parte do gênero das contribuições, com diversas previsões ao longo do texto constitucional. Uma delas, do artigo 149 da CR, determina competência exclusiva da União para instituí-las e define algumas espécies intituladas no meio tributário pela destinação que recebem, pois não há legislação que as classifique com precisão (WEISS, 2006, p. 26).

As contribuições sociais subdividem-se, ainda, naquelas destinadas a atender os direitos sociais dispostos pelo artigo 6º da CR, que são as contribuições sociais gerais, as destinadas a financiar especificamente a seguridade social e as destinadas aos sistemas previdenciários públicos (WEISS, 2006, p. 26/28).

O texto da justificativa do PLS 186/14, que vem sendo estudado nesta pesquisa, menciona a criação de nova espécie de contribuição social, que incida especificamente sobre os jogos de azar e destine-se ao financiamento da “saúde, previdência e assistência social” (NOGUEIRA, 2014, p. 15). Entretanto, felizmente, não será necessário.

Uma das subespécies de contribuição social trata-se da contribuição sobre a receita dos concursos prognósticos, prevista no artigo 195, inciso III da Magna Carta e, regulamentada, no capítulo VII da Lei 8.212/1991, que trata da seguridade social de maneira geral. Concurso prognóstico, de acordo com o Decreto 3.048/99, são os “concursos de sorteios, loterias e apostas de qualquer natureza, promovidos por órgãos do Poder Público ou por sociedades comerciais ou civis” (BRASIL, 1999, s/p), logo, jogos de azar.

Cabe analisar também para esse caso a vedação do artigo 154 inciso I da CR, que proíbe a União de instituir novo imposto que tenha “fato gerador ou base de cálculo” (BRASIL, 1988, s/p) de outros já discriminados em seu texto. Dessa forma, a doutrina entende que seria razoável fazer interpretação extensiva dessa vedação às contribuições (AVILA, 2003, s/p *apud* WEISS, 2006, p. 28), havendo, assim, uma economia de pauta e trâmite legislativo.

5 Considerações finais

Após a análise dos fatos expostos e os estudos apresentados, é irrefutável que o cenário atual da prática e exploração dos jogos de azar tende a mudanças que refletirão nas searas política, penal, social e, principalmente, tributária.

A legalização das contravenções penais supramencionadas, como foi exposto, requer debates profundos e duradouros. Há diversas arestas a serem aparadas antes de sua efetiva realização, mas não é uma realidade distante, pois o projeto de lei que ensejou esta perquirição já está pronto para ser analisado em plenário. Este é o momento para a discussão da pauta e a caminhada para o que seria mais viável para a sociedade: lidar com a realidade como se encontra, entretanto, obtendo receita dela. O momento social é outro, não incumbe carregar normas instituídas por preceitos sociais obsoletos.

O estudo comparado apresentado nesta pesquisa levou a diversas conclusões a respeito da tributação dos jogos de azar e sobre como ela ocorreria no Brasil. O que se pôde perceber foi que as modalidades de impostos e taxas, empregados sobre os jogos de azar em Portugal e nos Estados Unidos da América, se assemelham às espécies de tributos já existentes no Brasil, a exemplo, o imposto sobre a renda, ressaltando que, em Portugal este incide também sobre fatos geradores de cunho ilícito. Há, ainda, nos Estados Unidos e no Brasil, o tributo que tem por finalidade o financiamento da seguridade social, dentre outros descritos no decorrer deste trabalho. Logo, arrisca-se afirmar que não será necessária a criação de nova espécie tributária no Brasil que se aplique à atividade de prática e exploração dos jogos de azar. Sendo aplicável, então, modalidade já existente no ordenamento jurídico, dispensa-se a análise constitucional da possibilidade de criação de tributo novo, bem como discussão a respeito do ente federativo competente para instituí-la.

Neste trabalho ficou demonstrado ser indiscutível a incidência do Imposto de Renda (IR) sobre os jogos de azar, mesmo na ilicitude em que se encontram. Porém, conforme se assentou, a legalização da atividade resolveria essa inconveniência. Quanto à Contribuição Social, estudada devido à menção desse tributo pelo autor do projeto de lei, demonstra ser modalidade adequada, visto o fim que se pretende alcançar com a hipotética legalização – o benefício da sociedade sobre as atividades dos jogos de azar.

Referências

ANTUNES, Rui Pedro. **O imposto que é especial para o turismo português**. Diário de Notícias, Portugal, 29 de julho de 2012. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/interior/o-imposto-que-e-especial-para-o-turismo-portugues-2692400.html>. Acesso em: 01 de ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2ª câmara de direito civil. Ação de Cobrança. Bilhete de rifa sorteado. Prêmio não entregue. **Apelação Cível n. 2001.011726-6**. Apelante: Associação dos Empregados da Metalúrgica Souza. Apelado: Darci Adriani de Pieri. Relator: Mazoni Ferreira. Santa Catarina, 20 de novembro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juízo da Vara da Fazenda da Comarca de Lages. **Mandado de Segurança n. 039.10.017377-0**. Impetrante: Associação dos amigos do carteadado de Lages. Impetrado: Delegado regional de polícia de Lages. Relator: Silvio Dagoberto Orsatto. Lages – SC, 17 de dezembro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª câmara cível. **Mandado de segurança preventivo n. 70025424086**. Relator: Irineu Mariani. Rio Grande do Sul, 17 de dezembro de 2008. Ministério Público do Rio Grande do Sul.

_____. Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. **Parecer no tocante a Projeto de Lei do Senado nº 186 de 2014, do Senador Ciro Nogueira**. Parecer normativo nº 19 de 07 de março de 2018. Relator: RODRIGUES, Randolfe. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7642400&ts=1534452974490&disposition=inline&ts=1534452974490>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 637**. Relator: Dias Toffoli, Brasília, 26 de ago. 2011. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-637-do-stf-2011,33397.html>. Acesso em 19 ago. 2018.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. Centro Universitário de Patos de Minas. Pró-Reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. 4. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2018.

COLEY, William. **Seminário reúne especialistas sobre a legalização de jogos**, maio, 2018. Disponível em: <https://www.promoview.com.br/turismo/seminario-reune-especialistas-sobre-legalizacao-de-jogos.html>. Acesso em 19 ago. 2018.

GARCIA, G. F. B. **Introdução ao estudo do Direito: teoria geral do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Marcelo. **Seminário reúne especialistas sobre a legalização de jogos**. maio, 2018. Disponível em: <https://www.promoview.com.br/turismo/seminario-reune-especialistas-sobre-legalizacao-de-jogos.html>. Acesso em 19 ago. 2018.

HARRIS, Becky. **Seminário reúne especialistas sobre a legalização de jogos**. Promoview, maio, 2018. Disponível em: <https://www.promoview.com.br/turismo/seminario-reune-especialistas-sobre-legalizacao-de-jogos.html>. Acesso em 19 ago. 2018.

HISTÓRIA DE LAS VEGAS. **Civitatis**: Guia de Viagem, 2010. Disponível em <https://www.tudosobrelasvegas.com/historia>. Acesso em 19 de ago. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE JOGO LEGAL. O Brasil e o Jogo Ilegal. **Comissão Especial do Marco Regulatório do Jogo do Brasil da Câmara dos Deputados**. Mar., 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-0442-91-marco-regulatorio-dos-jogos-no-brasil/documentos/audiencias-publicas/magnho-jose-santos-de-sousa>. Acesso em: 01 ago. 2018.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LESSA, Maurício Quintella. Projeto de Lei nº 2826. **Câmara dos Deputados**. Fev. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383539>. Acesso em: 01 ago. 2018.

MAZZA, A. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATSUMOTO, Caio Cesar *et al.* **Roteiro de estudo**: jogos de azar. Portal Investidura. Florianópolis, 16 jul. 2009. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/3931-roteiro-de-estudojogos-de-azar>. Acesso em 29 mar. 2018.

NOGUEIRA, Ciro. **Projeto de Lei do Senado nº 186**. Senado Federal. Maio, 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>. Acesso em: 20 fev. de 2018.

_____. Ciro. Entrevista. "Ciro Nogueira: os cassinos vão atrair capital estrangeiro". *In*: COSTA, Octávio; FILGUEIRA, Ary. **Isto É**, ed. 2505. 15 de dez. 2017. São Paulo: Editora Três, 2017. Disponível em: <https://istoe.com.br/os-cassinos-vaao-atrair-capital-estrangeiro/>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PAES, José Eduardo Sabo; OLIVEIRA, Marcos Roberto. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário. RDIET. **Características do Sistema Tributário nos Estados Unidos da América**: alguns tópicos relevantes. Brasília, V. 10 nº 02, 52-78, jul. 2015.

PEREIRA, Peterson de Paula. Ministério Público Federal. Procuradoria da República. Secretaria de Relações Internacionais. **Do parecer no tocante a Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2014**. Parecer normativo, nº 65 de 01 de fevereiro 2016. Relator: MAGGI, Blairo. Procuradoria- Geral da República. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NOTATCNIAPGRSRIN0652015.pdf/view>. Acesso em: 01 de ago. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 422, 02 de dezembro de 1898**. Dispõe sobre a lei do jogo. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, Lisboa. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=242&tabela=leis. Acesso em 01 ago. 2018.

POLLOCK, Michael. **Seminário reúne especialistas sobre a legalização de jogos**. Promoview, maio, 2018. Disponível em: <https://www.promoview.com.br/turismo/seminario-reune-espec/ialistas-sobre-legalizacao-de-jogos.html>. Acesso em 19 ago. 2018.

RAMA, Paula Cristina Azambuja. **Os jogos de sorte e azar em Portugal: o caso concreto dos jogos online e a sua regulação**. 2016. 69 f. (Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade Coimbra, Portugal, 2016.

REIS, Vinicius. **Comparação da evolução histórica da legislação dos jogos de azar no Brasil e em Portugal**. 2019. Disponível em: https://reis98.jusbrasil.com.br/artigos/588719125/comparacao-da-evolucao-historica-da-legislacao-dos-jogos-de-azar-no-brasil-e-em-portugal?ref=topic_feed. Acesso em: 01 de ago. de 2018.

SABBAG, E. **Manual de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TANJI, Thiago. Tudo o que você precisa saber sobre jogos de azar no Brasil. **Revista Galileu**. Rio de Janeiro, 11 de julho de 2017. Disponível em <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/07/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-jogos-de-azar-no-brasil.html>. Acesso em: 20 fev. 2018.

TORRES, R. L.; **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VIANNA, Renato. **Projeto de Lei nº 442**. Câmara dos Deputados. Mar., 1991. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15460>. Acesso em: 01 ago. 2018.

VIDAL, Larissa Colangelo Matos. **Civil law e a atividade judicial como essencial à formação e evolução do Direito**. Jus. Jul., 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50568/civil-law-e-a-atividade-judicial-como-essencial-a-formacao-e-evolucao-do-direito>. Acesso em: 24 de set. 2018.

WEISS, F. L. **Princípios tributários e financeiros**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

Testamento vital e as diretivas antecipadas da vontade

Living will and the advance directives for medical decisions

Júlia Martins da Cunha Machado

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: jumartinscm@gmail.com

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado e Professor do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: gabrielgcvm@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho versa sobre o testamento vital e as diretivas antecipadas da vontade. A análise dos institutos iniciou-se a partir de uma abordagem histórica acerca de como a sociedade lida com o fenômeno da morte. Com base nesse contexto, abordou-se a conjuntura em que as diretivas antecipadas surgiram, e quais as consequências disso. Por meio de pesquisa teórica e por meio do método dedutivo, a partir de material publicado, constituído de obras que discutem o assunto, foi feita uma análise da possibilidade do testamento vital e das diretivas antecipadas no ordenamento jurídico brasileiro, assim como se discutiu a natureza do instituto. A tutela jurídica do indivíduo em estado de terminalidade foi o assunto seguinte, cujo objetivo cingiu-se em discutir a autonomia do enfermo e quais os mecanismos que poderiam possibilitar essa autonomia. Por conseguinte, verificaram-se os limites da autonomia privada. Por fim, procedeu-se à análise dos institutos da distanásia, da eutanásia e da ortotanásia, e se esses seriam ou não compatíveis com a ordem jurídica constitucional brasileira.

Palavras-chave: Testamento vital. Diretivas antecipadas da vontade. Doente terminal. Autonomia Privada. Limites.

Abstract: This research deals with the living will and the advance directives for medical decisions. The analysis of the institutes began with a historical approach to how society deals with the phenomenon of death. Based on this context, we approached the conjuncture in which the advance directives arose, and what the consequences were. Through theoretical research and deductive method, from published works that discuss the subject was made an analysis of the possibility of the living will and the advance directives in the Brazilian legal system, as well as discussed the nature of the institute. The legal protection of the terminally ill individual was the next subject, whose objective was to discuss the autonomy of the sick and what mechanisms could enable this autonomy. Therefore, the limits of private autonomy were verified. Finally, we proceeded to analyze the institutes of dysthanasia, euthanasia and orthothanasia, and whether or not these would be compatible with the Brazilian constitutional legal order.

Keywords: Living will. Advance Directives for Medical Decisions. Terminally ill. Private Autonomy. Limits.

1 Introdução

O direito é uma ciência social que se faz presente em todas as dimensões da sociedade. Permeia as relações humanas e acompanha o indivíduo mesmo antes de seu nascimento, e tem seus efeitos para depois de sua morte. Essa ciência tem como objetivo estabelecer a harmonia e a pacificação social.

Entretanto, nem sempre o direito consegue acompanhar a evolução da sociedade e, por vezes, temáticas complexas restam sem a devida regulamentação e ensejam controvérsias no mundo jurídico. Sem dúvidas, a temática do testamento vital e a das diretivas antecipadas da vontade bem se encaixam na categoria de assunto controverso, e será o centro de discussões deste presente trabalho.

O avanço da medicina e do aparato científico-tecnológico deu novo significado à existência humana. O desenvolvimento de fármacos, de técnicas e tratamentos médicos permitiu a cura de inúmeras doenças, trouxe alívio e conforto aos enfermos. Além disso, possibilitou que a expectativa de vida se ampliasse significativamente. Hoje, vive-se cada vez mais.

No entanto, o prolongamento da vida humana por meio da tecnologia médica acabou por dar novo sentido à morte. Esse fenômeno que no passado já fora encarado com naturalidade e desdobramento lógico da vida, na atualidade, causa espanto e aversão.

Hoje, observa-se um cenário em que a morte é evitada a todo custo. Isto fez com que o enfermo deixasse de ser protagonista de sua própria vida e de suas escolhas e se tornasse objeto de tratamentos médicos que só prolongam seu sofrimento. Logo, percebe-se que o nobre objetivo da medicina, qual seja, de dar conforto e dignidade para o doente, se transformou em uma obstinação terapêutica. Portanto, observa-se um cenário em que o enfermo perdeu sua autonomia e seu poder de escolha.

Tendo em vista esse contexto, o instituto das Diretivas Antecipadas da Vontade se apresenta como instrumento hábil a preservar a autonomia privada e a dignidade do doente, pois possibilita que ele determine quais tratamentos médicos deseja ou refuta receber, mesmo quando não estiver em estado de consciência.

Este presente trabalho pretende, por meio de pesquisa teórica, desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente de obras que discutem o assunto, analisar o instituto das diretivas antecipadas da vontade.

Inicialmente, objetiva-se apresentar as modalidades de diretivas antecipadas existentes e demonstrar suas particularidades. Em um segundo momento, deseja-se esclarecer se as diretivas guardam previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, almeja-se demonstrar a importância do instituto na preservação da autonomia do enfermo e da sua dignidade humana. Além disso, propõe-se discutir se a autonomia do doente possui limites e quais seriam.

Por fim, por estar se tratando do direito à vida, da dignidade humana, princípios constitucionais fundamentais, pretende-se estabelecer quais são os limites constitucionais que delineiam a temática. Para isso, abordar-se-ão os conceitos de

distanásia, eutanásia e ortotanásia e sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico e com os princípios constitucionais.

Tal pesquisa se justifica visto que a presente temática é assunto controverso e que enseja debates sobre a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, o assunto trata de negócio jurídico de caráter extrapatrimonial que irá dispor sobre questões que envolvem direitos constitucionalmente assegurados. Além disso, o instituto das diretivas antecipadas perpassa pela autonomia privada, e provoca importantes questionamentos acerca de seus limites. Por fim, a temática impacta, sobretudo, na atuação do profissional da medicina e do direito, portanto é necessário que seja discutida.

2 A morte como fenômeno social

O Direito é uma ciência social e humana imprescindível à convivência coletiva. Essa ciência, como conjunto de normas, estabelece direitos e obrigações de ordem privada e pública; como consequência, rege a vida em sociedade estabelecendo uma harmonia entre as vontades coletivas e individuais. O direito está presente na vida humana desde a concepção, assegurando os direitos do nascituro, e acompanha o indivíduo até o fenômeno inexorável da morte, garantindo a dignidade durante toda a vida e inclusive no seu fim.

Ao longo da vida, é notória a capacidade de fazer escolhas, seu modo de vida, sua profissão, seu estado civil. Essa capacidade acompanha o indivíduo até o fim da vida, permitindo inclusive que a pessoa disponha sobre sua morte. Em outras palavras, é possível estabelecer em vida quais serão as medidas a serem tomadas ao chegar a um estado de doença que levará a terminalidade da vida. Essas medidas compõem as diretivas antecipadas da vontade, que são responsáveis por disciplinar quais as diligências a serem tomadas em relação ao enfermo, quando esse já não mais puder expressar sua vontade.

O estudo das diretivas é temática recente e envolve aspectos muito sensíveis, já que se relaciona aos direitos mais fundamentais previstos na ordem jurídica, o direito à vida, à autonomia e à dignidade humana.

A novidade e o desenvolvimento desse instituto se devem à evolução das ciências médicas e, conseqüentemente, às transformações a respeito de como a sociedade se relaciona com o fenômeno da morte ao longo do tempo.

Hoje, no Brasil, a expectativa de vida é alta, sendo de 80 anos para mulheres e 73 para homens conforme dados do Instituto de Geografia e Estatística (2017). Vive-se muito, e a morte é evitada a todo custo com o auxílio da medicina. Entretanto, em tempos pretéritos essa realidade era bem diferente. Sem o auxílio de todo o aparato tecnológico e os conhecimentos científicos avançados da medicina, a morte era vista com maior resignação e naturalidade. Vislumbrando esse cenário, é notável que a morte possuísse um significado histórico diferente do atual.

Portanto, para analisar com maior cautela e para possibilitar uma melhor compreensão da relevância da discussão em torno das diretivas antecipadas de vontade, faz-se oportuno analisar o contexto histórico, visto que

[...] a maneira como uma determinada sociedade se posiciona perante a morte e os seus mortos desempenha um papel decisivo na constituição e na manutenção de sua própria identidade coletiva, na medida em que essa integração da morte e da relação com ela constitui um dos elementos mais relevantes para a formação de uma tradição cultural comum (GIACOIA JUNIOR, 2005, p. 14-15).

Nessa breve análise histórica, é de grande relevância as lições do historiador francês Philippe Ariès (2012), que trata sobre o assunto na sua obra “A história da morte no Ocidente”. O autor aborda as mudanças do significado do fim da vida partindo da Idade Média até os dias contemporâneos.

Nos seus estudos, o autor francês classificou a morte em quatro fases: “morte domada”, “morte de si mesmo”, “morte do outro” e “morte interdita”.

A denominada “morte domada” era a observada no contexto da Idade Média. Nesse período histórico, a morte era um fenômeno vivido no âmbito familiar. Nesse ambiente, o enfermo passava seus últimos momentos reunidos de seus parentes, momento que ocorria uma espécie de cerimônia, na qual todos se preparavam para despedir da vida daquele ente familiar, de forma resignada. A morte era aceita e acolhida com naturalidade no seio da família, sem que houvesse demasiada comoção.

Posteriormente, com a ascensão da influência da Igreja Católica, tanto na esfera política como na esfera econômica, a morte passou a ser observada de maneira mística. É o período que Philippe Ariès denomina de “morte de si mesmo”. Sobre forte influência do maniqueísmo, a morte representava espécie de justiça. Era o momento do julgamento final, se as almas deveriam ir para o paraíso ou para o inferno. Nota-se que a morte foi, nas palavras de Ariès, clericalizada, permeada por questões éticas e morais.

Já no período compreendido entre o século XVIII e a primeira metade do século XIX, como leciona Caputo (2008, p. 77), foi dado à morte caráter romântico, muito explorado nas artes. Essa época contou com um movimento artístico, tanto na literatura como nas pinturas, de marcado exagero, dramaticidade, em que o óbito era demasiadamente expressivo. A esse período Ariès chamou de “morte do outro”. Ocorreu também, nessa época, um processo de laicização da morte, em que a igreja deixou de ter influência sobre esse fenômeno. A morte perdeu o caráter de julgamento, de juízo final tão presente no auge da ascensão da igreja católica.

Por fim, chega-se ao período contemporâneo, que compreende a metade do século XIX até os dias atuais. Hoje, presencia-se a “morte interdita”. Os dias presentes são marcados pela perda do caráter familiar do óbito. Como bem expõe Pona (2015, p. 32), o momento do terminar da vida deixou de ser passado em seio familiar e passou a ocorrer em ambientes hospitalares, onde o doente é cercado por médicos, enfermeiros e por muitas vezes distante da própria família. Portanto, é possível observar um contexto em que a morte é de toda forma evitada. Tenta-se de todas as maneiras permitidas pela ciência prolongar a vida. Nesse sentido

As UTIs tornam-se cada dia mais sofisticadas e, se antes a vida tinha um ciclo natural e o médico cuidava que não houvesse a interrupção precoce desse ciclo, hodiernamente, constata-se possível manter um indivíduo “vivo” por tempo indeterminado, mesmo que seu corpo dê sinais de que a vida só existe em decorrência de suportes artificiais, porque a parafernália médico-tecnológica

reproduz a vida física como metabolismo, atendo-se à necessidade de afastar a morte a qualquer custo (PONA, 2015 p. 32).

Tendo em vista a breve abordagem histórica a respeito do fenômeno da morte, percebe-se o quanto a cultura de um povo em relação a determinado assunto o determina, tanto nos costumes como inclusive na produção legislativa. Hoje, é possível observar o culto à vida, à juventude eterna, aos procedimentos médicos. Nesse sentido, Hennezel¹ disserta:

Escondemos a morte como se ela fosse vergonhosa e suja. Vemos nela apenas horror, absurdo, sofrimento inútil e penoso, escândalo insuportável, conquanto ela seja o momento culminante da nossa vida, o seu coroamento, o que lhe confere sentido e valor (2002, p. 11 *apud* GODINHO, 2016 p. 7).

Logo, em razão desse pensamento que abomina a morte, é possível observar os reflexos na legislação brasileira. O Brasil não conta com uma lei que regulamente as diretivas antecipadas da vontade, em oposição a países com o mesmo grau ou até superior em desenvolvimento da ciência e da medicina, como no caso dos Estados Unidos. Muito ao contrário, o que se observa no Brasil é que o assunto morte é evitado a todo custo, conforme destacam Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 35), muitas pessoas afirmam que discutir a morte traz mau agouro ou pode, até mesmo, propiciar a sua chegada mais precoce, o que certamente é indesejável.

Paradoxalmente, em meio ao grande desenvolvimento da medicina e das tecnologias ligadas à saúde, o que se observa é uma gradativa e considerável diminuição da autonomia individual. A crença na ciência e no seu potencial de prolongar a vida quase que ilimitadamente vem retirando o protagonismo do enfermo, que se vê privado de escolher como deseja passar seus últimos momentos de vida.

Esse cerceamento de escolha vem ocasionando a supressão de direitos fundamentais do ser humano, constitucionalmente assegurados. É preciso que se perceba o ser humano como detentor de direitos fundamentais, inclusive no fim da vida. Portanto, a morte deve ser digna, e não um experimento científico.

3 A tutela jurídica da pessoa e o fim da vida

O surgimento das diretivas antecipadas da vontade muito se deve ao avanço da medicina. As novas descobertas científicas assim como o desenvolvimento de novos tratamentos médicos possibilitaram um considerável aumento na expectativa de vida. Como consequência de uma vida mais longa, registrou-se o aumento das enfermidades que se manifestam na idade mais avançada. Entre essas doenças há de se destacar o Mal de Parkinson, o Alzheimer e a Demência Senil. Essas moléstias retiram gradativamente o discernimento e a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Em síntese, vislumbra-se uma situação fática em que um grande número de pessoas, ao

¹ HENNEZEL, Marie. **Díálogo com a morte**. 5. ed. Tradução do Francês de José Carlos González. Pref. De François Miterrand. Lisboa: Editorial Notícias, 2002.

avançar da idade, será acometido por essas doenças e, conseqüentemente, encontrar-se-á privado de plena consciência (informação verbal)².

Ademais, outras enfermidades que não se enquadram no conceito de doença degenerativa, acidentes e infortúnios podem levar o indivíduo a um estado de coma ou a outra situação que impeça a manifestação da vontade. Há de se destacar também que, atualmente, a medicina ainda não desenvolveu cura para doenças degenerativas, mas apenas conseguiu desenvolver formas de amenizá-las aplicando cuidados paliativos para o conforto do enfermo. De igual modo, a ciência médica também não se mostra otimista quanto à reversão do estado persistente de coma. Portanto, as pessoas acometidas por essas enfermidades assim estarão até o fim da vida.

Nesse contexto, as pessoas que se encontram privadas de autodeterminação, além de necessitarem de cuidados médicos especiais, também precisam de alguém que desempenhe o papel de assegurar a sua dignidade, que zele por seus interesses e as represente nos atos da vida civil. Vislumbrando essa realidade, o Código Civil de 2002 disciplinou essa situação no Título IV, Capítulo II, que trata do instituto da curatela. O artigo 1.767, inciso I traz em sua redação que se sujeitam à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Logo, o cuidado com aqueles que não mais possuem capacidade de autodeterminação fica regulamentado por meio da curatela e por isso é oportuno trazer à análise esse instituto.

A curatela consiste no direito de governar igualmente a pessoa e os bens dos incapazes maiores de idade, protegendo não apenas a saúde do curatelado, como também o colocando a salvo dos riscos a que está exposto com relação aos terceiros em função de sua falta de consciência (MADALENO, 2018 p. 522).

Nesse mesmo sentido, acrescenta Gonçalves (2019 p. 695) que a curatela “é o encargo público conferido por lei a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens dos maiores que por si não possam fazê-lo”.

Diante do exposto, é inegável que o legislador encerrou as melhores intenções ao disciplinar o instituto da curatela. Entretanto, colocou nas mãos do curador todo o poder decisório sobre o curatelado, surgindo relevante problemática quanto ao exercício da curatela.

Como bem destaca o professor Nelson Rosenvald, a curatela, lamentavelmente, com certa frequência, deixa de cumprir seu papel essencial, ser um instrumento para assegurar à dignidade e o respeito às vontades do curatelado. Isso se deve porque, por vezes, o interesse patrimonial do curador se sobrepõe ao dever de assistir a pessoa do curatelado, desrespeitando os seus desejos e virtudes, deixando o incapaz sem assistência no âmbito pessoal. Além do mais, é comum também que a vontade dos familiares se sobreponha à do enfermo, os quais, por vezes, tomam decisões que são diametralmente opostas às convicções do doente. Por fim, na ausência da manifestação

² ROSENVAL, Nelson. **As diretivas antecipadas da vontade**. Palestra proferida no II Fórum Atlas de Direito Civil e Processo Civil realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC em Fortaleza, 24 jul. 2015.

da família, ocorre também de o enfermo ficar inteiramente entregue às escolhas do médico, que agirá segundo as convicções da medicina.

Nesse problemático contexto, o instituto das diretivas antecipadas da vontade se apresenta como importante instrumento apto a preservar a autonomia e a dignidade do incapaz. Podem-se definir as diretivas nas palavras de Sánchez³ como “[...] um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida” (2003, p. 27-28 *apud* PENALVA, 2009 p. 54).

Dessa maneira, as diretivas vêm proporcionar autonomia ao doente quando ele já não mais puder expressar sua vontade. Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2019, p. 389) dissertam: “Através dessas diretivas antecipadas, [...] o paciente pode definir enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os limites terapêuticos a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal”.

É relevante esclarecer que diretivas antecipadas da vontade é gênero, no qual se encontram duas espécies: as declarações prévias, também nomeadas de testamento vital e a representação duradoura, chamada também de mandato duradouro.

O testamento vital, ou declarações prévias, pode ser definido conforme a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, como:

Art. 1º [...] o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (BRASIL. Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012).

Antes de prosseguir, cabe ressaltar que, segundo entendimento de Farias e Rosenvald (2019, p. 389), apesar do consagrado uso da expressão “testamento vital”, essa terminologia se mostra inadequada. Isso porque conforme a definição de Miranda (1972, p. 59), testamento é “o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos”. Corroborando esse entendimento, Godinho (2016 p. 136) leciona que o testamento vital “Não se trata exatamente de um testamento, porque este ato jurídico se destina a produzir efeitos post mortem; ao revés, o testamento vital tem eficácia inter vivos”.

Em síntese, as declarações prévias podem ser definidas como um documento escrito, devidamente assinado pelo interessado, no qual irá declarar quais tratamentos médicos deseja receber e os que são refutados no momento em que não puder expressar sua vontade. Esse documento, para que seja válido, deve ser feito por pessoa juridicamente capaz, com consentimento prestado de forma livre, devidamente esclarecido. Deverá também ser anexado ao prontuário médico, segundo estabelece a Resolução 1.995/2012 do CFM.

Já a representação duradoura, chamada também de mandato duradouro, pode ser conceituada como:

³ SÁNCHEZ, Cristina López. **Testamento vital y voluntad del paciente**: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

um documento no qual o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente (PENALVA, 2009 p. 55).

Partindo dessa definição, nota-se que o instituto da representação duradoura implica a constituição de um mandatário, que é chamado de procurador de cuidados de saúde. A esse procurador, são outorgados poderes expressos, de modo que ele passará a agir em nome do paciente, segundo as suas orientações e desejos manifestados a respeito de quais tratamentos de saúde deseja receber. O procurador será nomeado à escolha do enfermo, esse poderá escolher a pessoa que tenha maior afinidade, que conheça seu estilo de vida, suas convicções, valores e que goze de inteira confiança. Logo, como destaca Godinho (2016, p. 143), “O referido procurador, portanto, atuará como um interlocutor entre o paciente, cujas instruções deverá fielmente seguir, e a equipe médica”.

A Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina ainda permitiu a possibilidade de elaborar conjuntamente declarações prévias e representação duradoura, de modo a assegurar ainda mais o respeito à vontade do paciente. Essa cumulação fez surgir à possibilidade de o procurador de cuidados com a saúde agir contrário ao entendimento do representado. Isso ocorre porque o procurador pode ser constituído muitos anos antes de realmente exercer a sua função. À época que o procurador for desempenhar o encargo, pode ser que, com o desenvolvimento da medicina, os tratamentos que antes eram tidos como desproporcionais, sejam considerados ordinários e proporcionais, de forma a possibilitar a recuperação do enfermo. Assim, o procurador tem autonomia de decisão, mas nunca se afastando da essência dos desejos e das convicções do representado, atuando sempre em seu benefício.

Ademais, a constituição de um procurador para cuidados com a saúde é de grande valia em sede de interpretação das declarações prévias. Portanto, havendo dúvida quanto às declarações realizadas pelo enfermo, o representante atuará como verdadeiro hermenêuta do testamento vital, retirando essa decisão da competência do magistrado.

Apesar da relevância dessa temática, no Brasil não há nenhuma lei que regulamente as diretivas antecipadas da vontade. Tanto o mandato duradouro como as declarações prévias não possuem previsão expressa em lei. O tema é disciplinado apenas pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. É inegável que a resolução regulamentou de forma sábia as diretivas antecipadas, mas, por sua própria natureza de resolução, restou prejudicada a segurança jurídica por inexistência de uma lei com eficácia *erga omnes*. Isso se deve porque a resolução vincula apenas a classe médica, regulamentando a atuação desses profissionais. Logo os familiares ficam livres para discordar das diretivas elaboradas pelo ente familiar e pleitear tratamento diverso daquele desejado pelo enfermo. Além disso, não proporciona segurança jurídica aos profissionais da medicina para que possam agir segundo o que paciente disciplinar nas diretivas.

Além do mais, a Resolução 1.995/2012 do CFM já foi objeto da Ação Civil Pública número 0001039-86.2013.4.01.3500, com a finalidade de ver declarada a inconstitucionalidade da resolução. Entretanto, foi declarado que a resolução é constitucional, pois não viola nenhum preceito da Carta Magna. Além disso, não ofende o Código Penal, pois não estimula a eutanásia sequer a distanásia, que ainda serão objetos de análise neste trabalho.

Portanto, a regulamentação da matéria por lei traria grande benefício por conferir segurança jurídica ao instituto. A vontade do paciente impor-se-ia sobre os familiares, e o médico teria segurança ao agir conforme o disciplinado nas diretivas.

4 A autonomia privada e os seus limites

Há mais de quatrocentos anos atrás, inaugurava-se, na Europa, com o livro *Dom Quixote de La Mancha*, a ideia de autonomia privada. O enredo do livro traz as aventuras de um cavaleiro livre, que tinha o desejo de se autodeterminar.

[...] dom Quixote [...] tens tua alma em teu corpo e teu livre arbítrio como o melhor entre os melhores, e estás em tua casa, onde és senhor, como o rei de seus tributos, e sabes que cada um pensa o que bem quer, ou não se costuma dizer que “embaixo de meu manto, ao rei mato?” (SAAVEDRA, 2003 p. 14).

O livro de Miguel de Cervantes foi publicado em 1605, em um contexto político de regime monárquico. Nessa época, a monarquia espanhola passou por momentos de inquietudes em que se deflagraram guerras marcadas pela violência e exploração. Em vista disso, não havia de se falar em liberdade, autodeterminação. A publicação de *Dom Quixote*, abordando a aventura de um cavaleiro insano, que vivia livremente suas aventuras e que se autodeterminava, fez eclodir as primeiras discussões acerca do ideal de autonomia.

No mais tardar da História, os ideais de liberdade e de autonomia voltavam a ser protagonistas de discussões políticas que alcançaram o ápice com a eclosão da Revolução Francesa, que buscava derrubar o regime absolutista. Nesse cenário, observa-se o surgimento da primeira dimensão de direitos fundamentais e é notável que o princípio da autonomia privada já começasse a ser delineado.

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo (MENDES, BRANCO, 2016 p. 135).

Portanto, rompia-se a ideia de um povo súdito do Estado e iniciava-se uma época em que o indivíduo se tornava cidadão, detentor de direitos fundamentais, dentre eles a capacidade de se autodeterminar.

Tendo em vista esse contexto, aos poucos foi sendo construída uma teoria da autonomia da vontade, que, posteriormente veio a ser consolidada pelos alemães, por meio do negócio jurídico, ou seja, por meio de um instrumento que materializa um ato de autonomia da vontade.

Hoje, a terminologia autonomia da vontade foi superada, e deu lugar à denominação mais adequada, qual seja a autonomia privada. Apesar da semelhança entre os termos, há uma sutil diferença entre eles. No direito brasileiro, quem bem os diferenciou, assim como definiu o conceito de autonomia privada, foi Francisco do Amaral, cuja lição vale a pena mencionar.

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (AMARAL 2003, p. 348).

Ocorre que durante muitos anos, a autonomia privada se manifestava apenas na esfera patrimonial, ou seja, os negócios jurídicos versavam apenas sobre bens, patrimônio. Tal situação era alicerçada pela legislação vigente à época, como, por exemplo, o Código Civil de 1916, claramente de caráter patrimonialista.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição da República de 1988, a legislação anterior, notoriamente patrimonialista cedeu lugar a uma ordem personalista. A pessoa humana passa a ser o centro das relações jurídicas, norteadas sempre pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem menciona Tavares (2016, p. 438), a opção constitucional brasileira a respeito da dignidade humana não foi inseri-la no extenso rol do artigo 5º da Constituição, mas sim consigná-la logo no artigo 1º da Carta Magna, como fundamento e fim da sociedade.

Com essa significativa alteração de instaurada pela Constituição de 1988, os negócios jurídicos deixaram de ser apenas patrimoniais e deram espaço à novidade dos negócios jurídicos extrapatrimoniais. Exemplo disso é o diploma civilista de 2002, que disciplinou negócios jurídicos dessa natureza, entre eles o reconhecimento de filiação por testamento, o perdão do herdeiro indigno. Além disso, legislações esparsas também disciplinaram negócios jurídicos extrapatrimoniais, como a Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, e a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que disciplina a reprodução assistida, assim como a doação temporária de útero.

Portanto, é notório que se está diante da possibilidade de realização de negócios jurídicos que versam sobre os direitos personalíssimos. Logo, conclui-se que é plenamente possível o exercício do consentimento informado no sentido de praticar atos de autonomia privada de disposição de direitos da personalidade.

Nesse sentido, não há como fundamentar a proibição ou declarar inconstitucional a produção de diretivas antecipadas da vontade, simplesmente por

ter como objeto um negócio jurídico de caráter extrapatrimonial. Como já restou demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro permite e disciplina negócios jurídicos dessa natureza. Ademais, na ordem jurídica pátria, não vigora quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade. Portanto, é possibilitado aos particulares, instituir categorias não contempladas em lei, desde que não estejam em desconformidade com o ordenamento e as premissas constitucionais.

O fato de inexistir previsão legal sobre o testamento vital no Brasil não significa que se possa proclamar uma suposta incompatibilidade para a sua consagração: em consonância com os princípios e normas que imperam ordenamento brasileiro, nada impede que se reconheça a validade daquele instrumento, que nada mais representa que uma relevante expressão da autonomia dos pacientes, com a particularidade, neste caso, de se tratar de um documento previamente elaborado, com o intuito de estabelecer diretrizes sobre intervenções médicas supervenientes. Sendo descabida a alegação de que o testamento vital não pode subsistir, pelo simples fato de não haver regulamentação específica em lei – embora a elaboração de uma norma especialmente cunhada para reger o instituto seja conveniente, para pôr termo às dúvidas que persistem sobre o tema [...]” (GODINHO, 2016, p. 139).

As diretivas antecipadas da vontade, portanto, figuram como expressão genuína do princípio da autonomia privada, assegurando ao indivíduo a capacidade de autodeterminação. Permite à pessoa opções para que seus desejos e convicções sejam respeitados até mesmo quando não houver mais possibilidade de fazê-lo, por superveniente condição incapacitante.

Entretanto, esse instituto, ao tratar da terminalidade da vida, envolve os direitos mais fundamentais da pessoa humana. Por isso, a tratativa das diretivas deve dar-se de maneira muito cautelosa. Tendo em vista essa situação, é preciso atentar-se para a inovação trazida pelo texto constitucional de 1988. A Carta Magna atribuiu força normativa aos princípios constitucionais, devendo eles, serem o norte de todo o ordenamento jurídico. Além do mais, erigiu o princípio da dignidade humana como epicentro do sistema normativo, sendo esse princípio fundamento e fim da sociedade. Dessa maneira, todas as leis infraconstitucionais, todos os negócios jurídicos devem ser realizados à luz da Constituição de maneira a respeitar os princípios nela assegurados.

Portanto, as diretivas, como verdadeiro negócio jurídico, deverão observar o disposto na constituição, estando em conformidade com suas normas e princípios. Dessa forma, não serão aceitas quaisquer disposições em sede de diretivas, apenas aquelas que não violem a ordem constitucional. Portanto, vislumbra-se que a autonomia privada, mesmo possuindo hierarquia de princípio constitucional, não resta por absoluta, sendo limitada pelos demais princípios vigentes.

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal idéia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade,

que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente na vossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2016 p. 141).

Portanto, autonomia não é arbítrio. Essa deve ser exercida em conformidade com todo um sistema jurídico, de maneira coerente, sempre respeitando a Constituição.

Tendo em vista que autonomia privada possui seus limites, cabe mencionar que a elaboração das diretivas antecipadas da vontade encontra limites de caráter subjetivo e objetivo.

As limitações de ordem subjetiva se referem aos sujeitos envolvidos na produção das diretivas, quem tem capacidade e legitimidade para produzi-las.

A Resolução do CFM, que regulamentou a matéria, se mostrou silente a respeito da capacidade para produzir diretivas antecipadas. Agiu sabiamente ao adotar essa medida, pois, dessa maneira, não afrontou nenhuma disposição legal superior. No entanto, resta a discussão de quem teria legitimidade e capacidade para fazê-la. Nesse sentido, entende Adriano Marteleto Godinho:

No Brasil, o testamento vital, supondo-se ser possível aceitar sua validade, deveria ser realizado, em princípio, pelo interessado plenamente capaz (rompendo-se com a regra aplicável aos testamentos contemplados pelo Código Civil, que podem ser realizados pelos maiores de 16 anos, consoante estipula o seu art. 1.860, parágrafo único), sendo também fundamental averiguar se o consentimento é prestado de forma consciente, livre e espontânea, isto é, isento de erro, dolo ou coação e devidamente esclarecido. Isto significa que será imprescindível avaliar as condições em que se encontra o indivíduo ao firmar seu testamento de vida: em se tratando de paciente que se sinta um “fardo” para a sociedade ou para a família, que o tenha abandonado à própria sorte, a diretiva poderá deixar de ter caráter vinculativo. Ademais, por analogia com as regras civis concernentes aos testamentos – embora os institutos não se confundam, como já se viu, nada impede que as regras concernentes a um sejam estendidas ao outro –, a capacidade do agente deve ser averiguada no momento da realização do ato, uma vez que “a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”, conforme dispõe o art. 1.861 do Código Civil brasileiro (GODINHO, 2016 p. 140).

Já as limitações de ordem objetiva correspondem ao conteúdo do documento, ou seja, o que pode ser determinado nas diretivas. Esses limites são estabelecidos pelas normas e princípios constitucionais, de maneira a delinear os contornos do instituto. Esses limites serão objeto de análise mais detalhada no capítulo posterior.

5 As diretivas antecipadas da vontade e seus contornos jurídico-constitucionais

O extenso rol de direitos da personalidade inscritos na Constituição deriva de um dos direitos mais fundamentais da pessoa humana, o direito à vida. Sem esse direito, não há de se falar em autonomia privada, não há sentido em discutir a dignidade, a liberdade e uma série de outras garantias. Portanto, o direito à vida é a condição de exercício de todos os demais direitos.

Por se tratar do mais basilar dos direitos que compõem a personalidade humana, é natural que o direito à vida mereça o mais amplo resguardo do ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, as ordens constitucional, civil e penal consagram algumas de suas mais elevadas normas para promover a salvaguarda da vida, o atributo mais primordial das pessoas naturais (GODINHO, 2016, p. 30).

No entanto, em oposição às muitas discussões acerca do direito a vida, pouco se discute sobre o seu fim. Encarar a finitude do viver, conviver com alguém que esteja em estado terminal, perceber o fato de que a existência humana é limitada, figura como um desafio. As incertezas trazidas pela mortalidade cercaram o fenômeno da morte de muitos significados.

Hoje, no Brasil, vive-se o temor da morte. O medo do fim e o encontro com o desconhecido fez com que esse assunto fosse evitado. Isso acabou por resultar em consequências de ordem jurídica, pois as peculiaridades e as repercussões do fim da vida não são tuteladas por meio de uma lei, não há sequer um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional.

No entanto, os desdobramentos da terminalidade da vida foram disciplinados por meio da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que trata das diretivas antecipadas da vontade. A Resolução, por ser a primeira regulamentação sobre a matéria no país, tratando de direitos personalíssimos e assegurados pela Carta Magna, suscitou discussões acerca da sua constitucionalidade e qual seria o alcance das diretivas.

Como já foram tratadas no capítulo anterior, as diretivas, por envolverem direitos fundamentais da pessoa humana, possuem limitações de ordem objetiva. Cabe, agora, delinear os contornos constitucionais desse instituto.

Inicialmente vale a pena rememorar o contexto em que se vive em relação ao fenômeno da morte. Segundo Philippe Ariès (2012), no período contemporâneo vive-se o contexto da morte interdita. Cultua-se a vida, e a morte é evitada a todo o custo.

Como consequência desse contexto histórico, surge a prática da obstinação terapêutica, na qual há o prolongamento artificial da vida, proporcionado pelo aparato científico-tecnológico da medicina. Em um primeiro momento, em razão de a Constituição assegurar a vida como um dos direitos de maior relevância e amparo jurídico, pode-se pensar que o prolongamento artificial da existência está em conformidade com a ordem constitucional. Trata-se de um equívoco.

Para melhor compreensão do porquê dessa conduta ser atentatória ao texto constitucional, deve-se rememorar que os princípios inscritos na Carta Magna necessitam estar em conformidade com outros demais princípios, que gozam da mesma hierarquia constitucional. Nesse sentido, Canotilho⁴ ressalta que os princípios “[...] permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios conflitantes [...]” (1993, p. 168, *apud* TAVARES, 2016, p. 208).

Além do mais, apesar de se tratar de princípios constitucionais, os direitos fundamentais podem ser objeto de limitação. Até mesmo o direito à vida pode ser relativizado, e, como prova disso, a própria Constituição traz a previsão de possibilidade de aplicação de pena de morte em caso de guerra declarada, conforme consta do artigo 5º, inciso XLVII alínea “a”.

Portanto, trata-se de um equívoco pensar que o direito à vida é absoluto e que a obstinação terapêutica é permitida. O prolongamento artificial da vida e o exagero no uso de recursos médicos sem a esperança de melhora configuram ato de Distanásia.

Distanásia pode ser conceituada como a agonia prolongada, o patrocínio de uma morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo, muitas vezes lúcido de suas faculdades mentais, afetado por determinada enfermidade incurável, sem qualquer perspectiva de melhora ou cura [...] Há uma inequívoca degradação do ser humano como verdadeiro objeto meio para satisfazer os anseios dos desenvolvimentos tecnológicos dirigidos a tratamentos médicos (ADONI, 2003 p. 406).

Nesse contexto, ao lançar mão da distanásia, procura-se preservar a vida do enfermo, mas sobre total degradação da dignidade humana. Em verdade, é mais adequado se falar em postergação da morte, que é inevitável, do que manutenção da vida, que só ainda subsiste em decorrência de recursos médicos desproporcionais. A respeito disso dissertam Barroso e Martel⁵:

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus representantes legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação (2016, *apud* SALDANHA, 2017, p. 58).

Observa-se que as lições de Barroso e Martel encontram embasamento no texto constitucional, no seu artigo 5º, inciso III, que dispõe que ninguém poderá ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Em conformidade

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Ver. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2016.

com esse entendimento, o artigo 15 do Código Civil leciona que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Portanto, é notável que os princípios da dignidade humana e da autonomia, da liberdade e da inviolabilidade do ser humano devem orientar os tratamentos médicos empreendidos.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que não serão válidas as disposições em sede de diretivas que orientarem o prolongamento artificial da vida a qualquer custo, pois isso aviltaria o conceito de uma vida digna.

Na contramão da distanásia, surgem argumentações favoráveis à prática da eutanásia. Segundo o que afirma Sá e Naves⁶, “A origem de expressão ‘eutanásia’ deriva da conjunção, proveniente do grego, de eu (bem) e thanatos (morte), indicando, pois, a ideia de ‘boa morte’, ‘morte piedosa’ ou morte suave”. (2011, p. 311 *apud* GODINHO, 2016, p. 35). Em outras palavras, pode-se definir eutanásia como o abreviamento da vida de quem passa por intenso sofrimento, seja ele físico ou psíquico causado por uma doença. Cabe ressaltar que a doença não causará, num breve período de tempo, a morte do enfermo, mas implicará uma vida dolorosa.

A eutanásia se mostra muito controversa, pois se trata do abreviamento de um dos direitos mais fundamentais assegurados pela Constituição, a vida. Entretanto, os defensores da eutanásia se utilizam de um direito fundamental de igual importância para defendê-la, a dignidade humana. Argumentam no sentido de que uma vida com dor e sofrimento é indigna e não vale a pena ser vivida. Logo, os motivos que justificariam e tornariam legítima a eutanásia, seriam, sobretudo, motivos humanitários. Assim, Godinho (2016, p. 47) menciona que, para os defensores da eutanásia “[...] atuar no sentido de provocar a morte de uma pessoa que alega que a própria vida é um fardo insuportável seria um ato de solidariedade [...]”.

Inicialmente há de se mencionar que a vida e a dignidade humana são direitos personalíssimos, portanto indisponíveis. Não se pode abdicar da vida ou da dignidade. Ademais, em relação ao princípio da dignidade humana, torna-se bastante difícil definir o que seria uma vida indigna a ponto de ser abreviada. Nesse sentido:

Os defensores da eutanásia costumeiramente invocam um direito de cada pessoa de determinar quais serão seus instantes finais de vida, com suporte em uma concepção personalista de “vida digna ou indigna” e de “qualidade de vida”. Ocorre que a abertura para uma perspectiva estritamente subjetivista da dignidade da pessoa humana, centrada na percepção que cada indivíduo pode ter sobre o sentido a atribuir à qualidade da sua vida, pode resultar em conclusões que, afinal e paradoxalmente, atentem contra esta mesma dignidade. [...] Esta perspectiva individualista e subjetivista da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana poderia, contudo, corroer o mais sólido e basilar de todos os preceitos que fundam a ordem jurídica: o de que todas as pessoas são dotadas da mesma dignidade e merecem o mesmo respeito à sua condição humana (GODINHO, 2016, p. 54).

⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Hoje, a eutanásia é considerada um ato ilícito, sendo vedada pelo Código Penal. Além disso, o artigo 2º § 2º da Resolução 1.995/2012 do CFM dispõe:

O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica (BRASIL. Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012).

O Código de Ética Médica, Resolução 1.931/2009 do CFM, em seu artigo 41, expressa que “É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (BRASIL. Resolução nº 1.931 de 17 de setembro de 2009).

Por fim, conclui-se que, diante do ordenamento jurídico brasileiro, uma disposição em sede de diretivas antecipadas da vontade tendente a abreviar a vida por ato de eutanásia deve ser invalidada por ilicitude do objeto. A prática da eutanásia viola o direito à vida, e não encontra suporte legal suficiente capaz de justificá-la.

Por fim, entre os extremos da distanásia e da eutanásia, há uma alternativa adequada e razoável para o cuidado com aqueles que se encontram em estado terminal: trata-se da ortotanásia.

“A ortotanásia costuma ser definida, com base na origem etimológica da palavra, como ‘boa morte’, ‘morte suave’ ou morte sem dor ou sofrimento” (CABETTE, 2009, p. 19). É, portanto, o processo terapêutico que se utiliza de cuidados paliativos para assegurar o conforto e bem-estar do doente. Essa medida dispensa tratamentos invasivos que não apresentam expectativa de cura e que apenas adiam a morte e comprometem a qualidade de vida.

A ortotanásia é introduzida no ordenamento jurídico por meio da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que permite aos médicos a interrupção de tratamentos que prolongam a vida de pacientes terminais sem chances de cura.

Posteriormente, a Resolução 1.931/2009 também do CFM veio reafirmar a opção pela prática da ortotanásia no parágrafo único do artigo 41, que disciplina que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Portanto, vislumbra-se que o ordenamento jurídico acolheu a ortotanásia e a elegeu como tratamento adequado para aqueles que não possuem expectativa de melhora.

[...] a ortotanásia pode ser considerada como a conduta correta frente à morte, a qual será realizada a seu tempo e modo, já que não a antecipará ou a retardará, mas sim, aceitará que, tendo iniciado o processo mortal, deve-se continuar a respeitar a dignidade do ser humano, não submetendo o paciente a uma verdadeira tortura terapêutica. Este mesmo respeito à dignidade impõe ao médico o dever de ministrar os cuidados paliativos, propiciando ao paciente

que venha a falecer de forma tranquila, com o máximo de bem-estar global sem, no entanto, interferir no processo mortal (SANTORO, 2010, p. 133).

Concluindo, observa-se que a ortotanásia não atinge os princípios constitucionais da dignidade humana e o direito à vida, ao contrário, os asseguram. A aplicação de cuidados paliativos proporciona conforto ao doente e, conseqüentemente, assegura a sua dignidade. Também é assegurado o direito à vida, de maneira que a morte ocorrerá no tempo certo, sem que haja qualquer abreviação intempestiva.

6 Conclusão

Resta provado que o estudo das diretivas antecipadas da vontade é de notória relevância, pois seus reflexos extrapolam os contornos do Direito. Trata-se de questão humanitária, ética e filosófica que impacta sobremaneira o direito civil e o direito constitucional.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o instituto das diretivas antecipadas da vontade possui regulamentação insuficiente no ordenamento jurídico brasileiro. O seu regramento por meio apenas da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina enseja insegurança jurídica, pois vincula apenas a classe médica. Portanto, na prática, a vontade dos enfermos privados de plena consciência continua a ser desrespeitada, seja pela virtude da oposição familiar, seja pela convicção médica.

No entanto, mesmo na ausência de uma lei com eficácia *erga omnes* que regulamente a matéria, deduz-se que as diretivas são plenamente realizáveis, já que não afrontam nenhum fundamento do ordenamento jurídico vigente. Ademais, a Constituição Federal de 1988 deu início a uma ordem personalista. Dessa maneira, o presente ordenamento constitucional oportunizou a realização de negócios jurídicos extrapatrimoniais, o que se confirmou com o disposto no Código Civil de 2002. Logo, nada impede que as diretivas, tanto na modalidade de declarações prévias, quanto na representação duradoura, ou feitas cumulativamente, sejam válidas, pois tratam-se de negócios jurídicos de caráter extrapatrimonial.

Contudo, depreende-se que as diretivas, por envolverem direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, devem observar os princípios consagrados na Constituição. Logo, somente serão válidos os atos de autonomia privada que se compatibilizem com as normas e princípios constitucionais da Magna Carta.

Portanto, em observância aos princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, conclui-se serem incompatíveis as diretivas que ensejam a prática de distanásia e de eutanásia. A primeira porque avilta gravemente o princípio da dignidade humana. Prolongar o sofrimento do doente por meio de tratamentos que não oportunizarão a cura é transformar um sujeito de direitos em objeto de experimentos científicos. Isto, de maneira alguma, pode se compatibilizar com o princípio da dignidade humana. Já a segunda porque cerceia o direito fundamental e indisponível à vida. Ademais a prática da eutanásia é tida como um ilícito penal, além do que sua prática é vedada pelo Código de Ética Médica.

Por fim, encerra-se ressaltando a pertinência da ortotanásia como sendo a conduta que respeita os princípios constitucionais, além do que é a conduta que zela pelo bem-estar, conforto e dignidade do enfermo.

Referências

ADONI, André Luis. Bioética e Biodireito: Aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 2003, n. 818, p.395-423, dez. 2003.

Disponível em:

<https://www.revistadostrubunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000169fe1dee96a3138173&docguid=I0edd6f70f25111dfab6f010000000000&hitguid=I0edd6f70f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=27&context=49&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 abr. 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARIÈS, Philippe. **História da morte no Ocidente**. Tradução de Priscila Viana de Siqueira. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade mecum. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.805 de 20 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Presidente: Edson de Oliveira Andrade. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 nov. 2006. Seção I p. 169.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.931 de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Presidente: Edson de Oliveira Andrade. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 set. 2009. Seção I, p. 90.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.121/2015 de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios

éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013 de 09 de maio de 2013. Presidente: Carlos Vital Tavares Corrêa Lima. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 2015. Seção I, p. 117.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.1.995 de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas do paciente. Presidente: Roberto Luiz D'Avila. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 ago. 2012. Seção I, p. 269-70.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago.2019.

_____. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 26 jul. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários sobre a Resolução 1805/2006 - Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPUTO, Rodrigo Feliciano. O Homem e suas representações sobre a morte e o morrer: um percurso histórico. **Revista Saber Acadêmico**: Revista Multidisciplinar da UNIESP, São Paulo, v. 6, n. 6, p.73-80, dez. 2008. Semestral. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/presidenteprudente/exibe_edicao.php?id_edicao=244. Acesso em: 28 ago. 2019.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para normalização de trabalhos acadêmico-científicos**. 6. ed. rev. e ampl. Patos de Minas, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 5. ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: volume 7: Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. **Medicina (Ribeirão Preto. Online)**, [s. l.], v. 38, n. 1, p.13-19, 30 mar. 2005. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2176-7262.v38i1p13-19>.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade**: o sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. 6 v.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Tábuas de mortalidade**. 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?=&t=downloads>. Acesso em: 26 jun. 2019.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução de Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 2003.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital**: aspectos controversos e a autonomia do enfermo: eutanásia, ortotanásia, distanásia, eutanásia. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais em Angola desde a Constituição de 1975 e sua incidência na lei geral do trabalho de 2015

The evolution of constitutionalism and fundamental rights in Angola since the 1975 Constitution and its impact on the 2015 general labor law

Lais Araújo Loureiro

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM. Especialista em Direito Processual Civil pela rede de ensino LFG/Anhanguera. Mestranda em Direito Público pela Universidade NOVA de Lisboa.
E-mail: laisaloureiro@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo abordar a transição constitucional de Angola ocorrida em 1975 e em 2010, destacando os aspectos impulsionadores do movimento. Será também objeto de estudo a sedimentação dos direitos fundamentais no constitucionalismo angolano e sua relação com a Lei Geral do Trabalho. O objetivo é compreender como Angola chegou até o atual Estado Democrático de Direito analisando os aspectos históricos e políticos que influenciaram essa atividade, bem como a importância dos direitos fundamentais para a sociedade angolana e para as relações jurídico-laborais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Constituição angolana. Lei geral do trabalho.

Abstract: This paper aims to address the constitutional transition of Angola in 1975 and 2010, highlighting the driving forces of the movement. The study will also focus on the sedimentation of fundamental rights in Angolan constitutionalism and its relationship with the General Labor Law. The objective is to understand how Angola has reached the current Democratic State of Law by analyzing the historical and political aspects that influenced this activity, as well as the importance of fundamental rights for Angolan society and legal-labor relations.

Keywords: Fundamental rights. Angolan constitution. Labor general law.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar a temática dos direitos fundamentais na perspectiva do texto constitucional angolano, considerando a evolução do pensamento constitucional ocorrida entre a constituição de 1975 e a atual constituição de 2010.

Nesse sentido, será analisado o modo como se deu a evolução do pensamento constitucional angolano, verificando ainda a influência das constituições de Portugal e Brasil na redação da carta maior desse importante país do continente africano.

A problemática faz-se relevante devido à necessidade de todo Estado Democrático instituir como fundamentais os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Isso porque se trata de um meio limitador do poder estatal.

Especialmente em Angola torna-se extremamente importante a concretização dos direitos fundamentais na constituição de 2010, visto que a transição de um governo autoritário, como era o caso da República Popular de Angola, para um Estado Democrático de Direito exige muitas mudanças, entre elas a consagração de direitos que são basilares para um Estado Democrático. Além disso, os direitos fundamentais também representam uma forma de tentar manter a paz em meio a um histórico de guerras observado na realidade Angolana.

Vale frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a essência de um Estado Democrático de Direito, de forma que nenhum Estado pode ser verdadeiramente denominado democrático sem sua observância.

Como veremos, o princípio da dignidade da pessoa humana não se encontrava no texto da Constituição Angolana de 1975. Contudo, a evolução constitucional e a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito foram um impulso para consagrar esse direito na Lei Constitucional de 2010 e romper com o tradicional rol minimalista de direitos dos cidadãos angolanos.

Entretanto, para ser realmente efetiva a dignidade humana e os demais direitos fundamentais, é necessária uma maior percepção por parte dos cidadãos angolanos, de forma a afastar a ideia de uma falsa democracia.

Nesse contexto, a importância da consagração dos direitos fundamentais na constituição e na organização do Estado é evidente na medida em que esse diploma representa uma segurança diante de constantes transformações da sociedade em várias perspectivas.

O grande desafio se encontra na seguinte questão: é possível falar em um direito fundamental africano? Se sim, esse direito tem aplicação no âmbito laboral, e especialmente no âmbito laboral angolano?

A história política, econômica e social de Angola é tão complexa quanto no resto do continente africano. As inúmeras culturas, línguas e autoridades locais presentes em um mesmo espaço geográfico representam um grande desafio na busca para a harmonia entre as diferenças e a determinação de um direito que se aplique a todos.

Nesse sentido, torna-se difícil, porém necessário, encontrar uma forma de integração entre essas populações, e definir, sobretudo, os direitos fundamentais dessas pessoas. Daí se extrai a importância de analisar os direitos fundamentais, especialmente na atual constituição angolana, que se trata de direitos consagrados recentemente quando comparados com o diploma normativo de outras nações.

2 A evolução do direito constitucional em Angola

O primeiro período da história constitucional da pré-independência corresponde ao da colonização, em que Angola tinha o estatuto jurídico-político de colônia. A presença de Portugal em Angola teve o seu início em 1492 e, até a Conferência de Berlim (1884-1885), era circunstancial, não se estendendo a todo o território que corresponde, atualmente, a Angola (SANTOS; VAN DÚNEN, 2012, p. 164).

O constitucionalismo Angolano, entretanto, só começa a ganhar força com o fim do período colonial português, que se manteve no território de Angola durante cinco séculos. A independência política em relação ao colonizador português marcou um período denominado de I República, caracterizado pela assunção de um regime influenciado pelo socialismo soviético.

Após a conquista da independência em Angola e o fim da luta militar contra o colonialismo português, ainda eram frequentes os conflitos, que marcaram e ainda marcam a história do país, deixando consequências inapagáveis na vida de quem os “viveu na pele”.

Mais à frente, já em uma vertente de transformação de regime para um Estado Democrático de Direito, houve a aceitação do pluralismo político e uma retomada nos movimentos de guerra civil.

As violentas guerras civis instaladas em Angola desde o período pós-colonial acabaram por ter influência no desenvolvimento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional de Angola, que só foram objeto de destaque na atual Lei Constitucional de 2010.

A Lei Constitucional de 1975, apesar de prever alguns direitos fundamentais, ainda tinha um catálogo minimalista e com pouca efetividade, já que a prática de um governo autoritário, como era o caso da República Popular de Angola, muitas vezes não permitia efetivação desses direitos.

Portanto, a fase de sedimentação dos direitos fundamentais na carta constitucional só teve cabimento em 2010, com a aprovação da Constituição por um parlamento composto por diversos partidos.

Na análise do atual direito constitucional angolano, é necessário adentrar no mérito da antiga ordem constitucional, mais precisamente a Constituição de 1975, com o fim de melhor entender os motivos das mutações ocorridas. Com isso, será possível perceber melhor como se deu essa transição e por que motivos ocorreu.

2.1 Lei constitucional angolana de 1975 e as revisões constitucionais de 1991 e 1992

A constituição de 1975 surgiu como consequência do fim do período colonial português sob o território angolano, representando a primeira manifestação do poder constituinte em Angola.

A independência nacional foi alcançada a 11 de novembro de 1975, conforme o estabelecido nos Acordos de Alvor de 1975 assinados pela potência colonial, Portugal, e pelos três movimentos de libertação nacional: o MPLA, a FNLA e a UNITA. Às zero horas do dia 11 de novembro, o Presidente do MPLA, Dr. António Agostinho Neto, proclama a independência de Angola, batizada de República Popular de Angola, no meio de uma violenta guerra civil. Essa guerra prolongou-se até ao dia 4 de abril de 2002, data em que o governo angolano e a UNITA assinaram o Memorando de Entendimento do Luena, que pôs fim ao conflito militar (SANTOS, VAN DÚNEN. 2012, p. 165).

No período pós-independência, instalou-se a República Popular de Angola, um governo de essência socialista, fundado em princípios ideológicos, políticos e jurídicos

marxistas-leninistas (FEIJÓ, 2012, p. 429). Imperava na época um monopólio político de viés socialista, em que a lei positivada não possuía muita força prática.

Em 1990, numa reunião do seu Comitê Central que teve lugar em junho, o MPLA-PT decidiu abandonar o sistema de partido único e deliberou permitir uma concorrência política aberta entre diferentes partidos políticos. Posteriormente, no decorrer do 3º Congresso do Partido, realizado em dezembro de 1990, foi em definitivo abandonada a ideologia marxista-leninista, optando-se, em vez dela, pela via alternativa do “socialismo democrático”. Paralelamente, promoveu-se a aceleração da liberalização da economia do país, de acordo com o Programa de Ação do Governo (PAG) lançada em agosto de 1990 (GUEDES *et al.* 2003, p 238).

Mais à frente, as revisões constitucionais de 1991 e 1992 apareceram como resultado de discussões entre partidos; ao final, foram resultado de uma decisão consentida.

Através dessas reformas, foi possível a instituição de novos princípios constitucionais e a aprovação de diplomas, como as Leis da Nacionalidade, Lei das Associações e a Lei Eleitoral.

A revisão constitucional de 1991 visou, fundamentalmente, por um lado, consagrar o pluripartidarismo e a despartidarização das Forças Armadas e, por outro lado, dar dignidade constitucional às importantes transformações que têm vindo a ser introduzidas na área econômica através da legislação aprovada nos últimos anos (FEIJÓ, 2012, p. 435).

A revisão da Lei Constitucional foi resultado dos Acordos de Paz para Angola (1991), que possibilitaram a realização de eleições gerais, pautadas no multipartidarismo, no sufrágio universal e no voto direto e secreto que culminaria na eleição do Presidente da República e dos futuros parlamentares.

A Lei Constitucional de 1992 era vista como uma espécie de pré-constituição, que deveria ser substituída mais à frente por um diploma aprovado com as devidas formalidades. No texto de 1992, já constava um catálogo significativo de direitos fundamentais, assim como métodos de organização do poder político e de controle de constitucionalidade (MIRANDA, 2010, p. 7).

Dessa forma, instalou-se um novo quadro jurídico e constitucional, que significou um grande passo no caminho para um Estado Democrático, vez que se tornara possível uma maior participação popular e o reforço da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Também no ano de 1992 a guerra civil foi reinstalada, logo após a eleições multipartidárias. Os conflitos perduraram até o ano de 2002, quando se começou a desenvolver um novo projeto constitucional que resultaria na atual Constituição de 2010.

2.2 A Constituição Angolana de 2010

A atual Constituição da República de Angola – a CRA – foi elaborada no âmbito de um rigoroso procedimento que juntou a legitimidade democrática parlamentar e presidencial e a legitimidade tecnocrática de ilustres constitucionalistas e outros tantos juristas (GOUVEIA, 2014, p. 122).

Com a aprovação da Constituição de 2010, que se deu no dia 3 de fevereiro de 2010, começou a surgir discussões sobre uma possível mudança de regime constitucional, de forma que pudesse considerar a existência de uma III República em Angola. Isso porque é o que naturalmente ocorre com o surgimento de novos diplomas constitucionais.

Nesse sentido, boa parte da doutrina angolana tem defendido a existência de uma III República. Contudo há também quem defenda posição contrária, considerando que a transição constitucional teve início com a reforma de 1992 e sedimentou-se apenas em 2010.

Fato é que a constituição de 2010 manteve o que foi inicialmente proposto pela Lei Constitucional de 1992, que realmente foram ideias transformadoras em relação ao regime adotado na I República de Angola.

Entretanto, mais importante que determinar a existência de uma III República, é perceber o caráter transformador iniciado pela Lei Constitucional de 1992, que foi capaz de transcender na lei constitucional de 2010.

Significa isso que a nova Constituição de 2010 manteve a identidade constitucional inaugurada em 1992, a qual não foi tolhida e dela se apresentando como um aprofundamento jurídico-constitucional (GOUVEIA, 2014, p. 124).

O que se nota é que o alargar do rol de direitos fundamentais e outros institutos tem um condão muito mais regulativo que transformador de regime constitucional. Além do mais, só se pode falar em Constituição quando ele é resultado de um poder constituinte.

Percebe-se ainda que o texto normativo de 1992 não assumiu nomenclatura de Constituição, adotando, inclusive, uma denominação menos comprometida e mais compatível com o aspecto transitório aplicável à Lei Constitucional de 1992.

Dessa forma, é aceitável a ideia de que a Constituição da República de Angola é resultado de uma transição constitucional iniciada em 1991 e que mais tarde foi aprofundada pela revisão de 1992, tratando-se de um marco conclusivo da fase transitória.

A transição política precedeu uma transição econômica com contornos bem marcados que alterou sobremaneira a arquitetura do sistema político-constitucional angolano (GUEDES *et al.* 2003, p 236).

O texto constitucional angolano não apresenta estrutura extensa e compõe-se de 244 artigos e 3 anexos antecedidos por um extenso preâmbulo que abrange assuntos introdutórios

Quanto às influências recebidas é clarividente a relevância da Constituição da República Portuguesa tanto nas questões substanciais quanto no papel exercido pelos juristas, advindas da íntima relação histórica entre esses países.

Da mesma forma, também sofreu influência da Constituição Brasileira, no que diz respeito aos temas de direitos fundamentais e sistema de governo, bem como das Constituições de Moçambique e Timor Leste, em relação aos temas pluralismo jurídico e normas de Direito Internacional Público.

É verdade que hoje – em que também se assiste a uma Globalização Constitucional, que porventura terá sido uma das primeiras – não se afigura fácil descortinar instituições verdadeiramente marcantes dos sistemas jurídico-

constitucionais: todos os sistemas se interinfluenciam e os textos mais jovens recebem múltiplas e paralelas influências, algo que pode ser triangularmente referenciado nos sistemas político-constitucionais de língua portuguesa (GOUVEIA, 2014. p. 202).

3 Os direitos fundamentais

Diante da evolução do constitucionalismo, nasce a necessidade de positivar os direitos fundamentais. Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como um valor fundamental e basilar do Estado.

A concretização de direitos fundamentais traz a sensação de segurança e estabilidade que se espera de um Estado de Direito e faz jus ao que se tem por ideia de dignidade humana.

Nos dizeres de José João Abrantes (2005, p. 15), “ao consagrar os direitos fundamentais, os textos constitucionais assumem conscientemente um determinado sistema de valores, cujo fundamento último é a dignidade humana.”

O princípio da dignidade da pessoa humana advém de resultados históricos marcados principalmente por dois importantes documentos que influenciaram o direito constitucional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e o *Bill of Rights* de 1791.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 surge como consequência do período pós Revolução Francesa, trazendo ideais liberais de influência iluminista e da Revolução Americana de 1776. Esse documento de apenas dezessete artigos visou à proclamação de direitos fundamentais de forma bastante abrangente.

Da mesma forma, a Carta de Direitos dos Estados Unidos, documento denominado *Bill of Rights* (1791), contribuiu para a evolução do constitucionalismo e das ideias liberais quanto aos direitos do cidadão. O documento, que trata da introdução das dez primeiras emendas feitas à constituição dos Estados Unidos de 1787, tornou-se um símbolo das liberdades fundamentais no país e incentivou a defesa desses direitos em muitos lugares do mundo.

Como se nota, ambos os documentos mencionados pregam a ideia de prevalência de direitos fundamentais e tiveram grande força no desenvolver do constitucionalismo moderno.

Bem mais à frente, em 1948, no período pós Segunda Guerra Mundial, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como resposta às atrocidades cometidas na Segunda Guerra e com o fim de determinar os direitos fundamentais. Naquele período, restava claro o sentimento de solidariedade pelo caos gerado na guerra e pelas consequências trazidas para a população em nível mundial.

Como se vê, os direitos fundamentais são resultados de um longo processo histórico marcado por intensos debates, surgindo com maior força após a Segunda Guerra Mundial, quando se discutiu o resultado das terríveis consequências geradas pelos confrontos da guerra. Daí se sentiu necessidade de concretizá-los frente à influência do movimento constitucionalista.

Os direitos fundamentais, no século XIX, começaram por ser uma criação específica do Direito Constitucional, em que os textos constitucionais passaram a

positivar posições de garantia do indivíduo em relação ao Estado (GOUVEIA, 2014, p. 300).

Nessa sistemática, com a intensificação das atividades internacionais, os direitos fundamentais foram reproduzidos na esfera do Direito Internacional Público, proporcionando o cruzamento entre os direitos humanos e os direitos fundamentais positivados na constituição.

3.1 Conceito e finalidade dos direitos fundamentais

Não é tarefa simples conceituar os direitos fundamentais, porém é necessário fazê-lo. Tal dificuldade já se torna aparente quando observada a existência de várias nomenclaturas dadas aos direitos fundamentais. Alguns chamam de direitos humanos, outros de direitos individuais, ou então direitos naturais, não se encerrando por aqui todos os conceitos existentes.

Jorge Miranda (1993, p. 7.) leciona que direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.

Pelo conceito formal de direitos fundamentais, entendemos os direitos presentes na constituição, enquanto os direitos essencialmente constitucionais, são aqueles que, por sua matéria, são dignos de constarem na constituição, em se tratando do conceito material de direitos fundamentais.

Conforme Canotilho e Moreira (2007, p. 240), “os direitos humanos distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico interno, enquanto os direitos humanos são os direitos de todas as pessoas”.

Essa é uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, que, apesar de muitas vezes serem tratados como sinônimos, possuem âmbito de aplicação diferente, já que os direitos humanos inspiram aplicação em âmbito universal, alcançando maior extensão que os direitos fundamentais propriamente ditos.

Assim como encontrar a definição dos direitos fundamentais, é também importante perceber qual sua finalidade. Os direitos fundamentais visam, acima de tudo, proteger a dignidade humana e os direitos básicos dos cidadãos. São direitos inerentes à pessoa, portanto já nascem juntamente com ela. Assim, apresentam-se com grau de superioridade e proporcionam condições básicas de vida ao ser humano.

Especialmente em Angola, desde o período pós-colonial, havia um sentimento de necessidade em fazer valer os direitos fundamentais, visto que o país encontrava-se em situação de confrontos civis constantes, o que dava azo à violação de direitos básicos da população, que vivia em um cenário desumano de guerras e desespero.

Pouco a pouco, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais na sociedade angolana foi tomando força, entretanto só foi efetivamente sedimentada como direito constitucionalmente garantido e efetivo na Constituição de 2010.

3.2 O catálogo de direitos fundamentais na Constituição Angolana de 2010

Entre os artigos 22 a 29 da Lei Constitucional Angolana de 2010, encontra-se o regime geral aplicável a todos os direitos fundamentais.

Sistematizados de forma dicotômica, os direitos fundamentais aparecem divididos em dois grupos na constituição de 2010: os direitos, liberdades e garantias, e os direitos económicos, sociais e culturais.

Os direitos, liberdades e garantias podem ser tanto de carácter negativo quanto positivo. Os direitos negativos exigem uma abstenção por parte do Estado, e são direitos ligados às liberdades, visando impedir a interferência dos entes estatais na vida privada, protegendo, portanto, os bens jurídicos fundamentais dos cidadãos. Em contraponto, os direitos de conteúdo positivo são obrigações do Estado para garantir o bem-estar do cidadão e protegê-los das arbitrariedades de terceiros.

O capítulo II da Constituição Angolana de 2010 apresenta o rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais composto pela Seção I, que abrange os direitos, liberdades individuais e coletivos, e pela Seção II, que se compõe da garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Logo na Seção I, percebe-se um amplo catálogo, que inclui primeiramente o direito a vida (art. 30º), assim como ocorre na Constituição Portuguesa, que trata o direito à vida como a base dos demais direitos. Consequentemente, o artigo 59º do diploma prevê a proibição da pena de morte.

O direito à integridade pessoal (art. 31º) é previsto como um direito que se aplica a todas as pessoas, não estando no âmbito subjetivo apenas o Estado. Seu desdobramento está na proibição da tortura e tratamentos degradantes (art. 60º).

Quanto aos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais estão previstos: o direito à identidade, à privacidade e à intimidade (art. 32º); os direitos de identidade pessoal, à capacidade civil, à nacionalidade, à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada, à inviolabilidade do domicílio (art. 33º); direito de correspondência e das comunicações (art. 34º); direitos da família, casamento e filiação (art. 35º); direito de liberdade física e segurança pessoal (art. 36º); direito de propriedade, requisição e expropriação (art.37º); direito à livre iniciativa económica (art. 38º), direito ao ambiente (art. 39º); direito à liberdade de expressão e informação (art. 40º); direito de consciência, religião e culto (art. 41º); direito à propriedade intelectual (art. 42º); direito à liberdade de criação cultural e científica (art. 43º); direito à liberdade de imprensa (art. 44º); direito à liberdade de residência, circulação e emigração (art.46º); direito à liberdade de reunião e manifestação (art. 47º); direito à liberdade de associação (art.48º); direitos de participação política e participação na vida pública (art. 52º); direito de acesso a cargos públicos (art. 53º); direito de sufrágio – ativo e passivo – (art. 54º); direito à liberdade de constituir associações políticas e partidos políticos (art.55º) e direito de petição, denúncia, reclamação e queixa (art. 73º).

Quanto aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, estão previstos os seguintes direitos: à liberdade de associação profissional e empresarial (art. 49º), à liberdade sindical (art. 50º) e à greve e proibição de *lock out* (art. 51º).

A Constituição Angolana prevê ainda na Seção II um limite aos direitos, liberdades e garantias, visto que tais direitos só são limitados ou suspensos em caso de

guerra, estado de sítio ou estado de emergência. Na mesma seção, ainda há previsão de proibição da pena de morte, de garantias processuais penais e do processo criminal.

Também são previstos na Constituição os direitos ao *habeas corpus* (art. 68°), *habeas data* (art.69°), à proibição da extradição/expulsão (art. 70°), direito de asilo (art. 71°), ao julgamento justo e conforme (art. 72°), à ação popular (art. 74°) e o direito à responsabilidade civil do Estado e outras pessoas coletivas públicas (art. 75°).

No capítulo III, a Constituição aborda os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais. São eles: o direito ao trabalho (art. 76°), que incluem direito à formação profissional, à justa remuneração, ao descanso, férias, proteção, higiene e segurança no trabalho e à proibição de dispensa sem justa; direito à saúde e proteção social (art. 77°); direitos do consumidor (art. 78°); direito ao ensino, cultura e desporto (art.79°); direito à infância (art. 80°); direito à juventude (art. 81°); direito à terceira idade (art. 82°); direito à proteção dos cidadãos com deficiência e dos antigos combatentes e veteranos da pátria (arts. 83° e 84°), direito à habitação e qualidade de vida (art. 85°); direito a comunidades no estrangeiro (art. 86°); direito ao patrimônio histórico, cultural e artístico (art 87°) e o dever de contribuição para as despesas públicas e da sociedade (art. 88°).

É importante ressaltar que a constituição angolana admite a existência de direitos fundamentais além dos descritos acima. Esses direitos não estão inseridos no texto constitucional e são considerados direitos fundamentais de natureza análoga, fazendo-se presentes tanto em leis ordinárias como em textos de tratados internacionais.

Como se vê a Constituição da República de Angola de 2010 apresenta um vasto catálogo de direitos fundamentais, bem diferente da lei constitucional anterior, fazendo jus ao Estado Democrático de Direito que hoje vigora.

4 Regime específico dos direitos, liberdades e garantias na Constituição de Angola de 2010

Diferentemente do que ocorre na constituição portuguesa de 1976, que determina, em seu artigo 18°, o regime de aplicação dos direitos, liberdades e garantias (estabelece aplicabilidade direta e vincula a aplicação a todas as entidades públicas e privadas; determina as possibilidades de limitação dos direitos, liberdades e garantias), a constituição angolana de 2010, em seus artigos 28° e 57°, aparenta algumas particularidades sobre o assunto, trazendo, portanto, um regime específico de aplicação.

Estruturalmente falando, a Constituição de Angola de 2010 diverge da Constituição Portuguesa de 1976 quando determina o regime de aplicação em dois preceitos normativos distintos (artigos 28° e 57°). O artigo 28°, 1, determina a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias, enquanto o artigo 57° prega a matéria de restrição desses direitos.

Os preceitos normativos relativos aos direitos, liberdades e garantias vinculam as entidades públicas e privadas. Daí pode inferir-se que as entidades públicas estão vinculadas em sentido proibitivo, de forma que não podem realizar atos que

contrariem esses direitos. Assim são obrigadas a respeitar os preceitos constitucionais em consonância com o princípio da legalidade.

A vinculação das entidades privadas tem relação com o desenvolvimento da doutrina constitucional quanto à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Em certa altura, só se admitia a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, nas relações entre Estado e particular. Hoje, com a evolução do pensamento jurídico-constitucional entende-se que as entidades particulares estão vinculadas aos direitos, liberdades e garantias nos mesmos moldes que as instituições públicas.

A Constituição de Angola também prevê e estabelece os requisitos de limitação dos direitos, liberdades e garantias no artigo 57°. Isso se justifica pelo fato de os direitos fundamentais não se tratarem de direitos absolutos. Além disso, toda restrição encontra limitação no núcleo essencial do direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

5 Aspectos positivos da Constituição Angolana de 2010

O primeiro aspecto positivo da Constituição da República de Angola de 2010 foi a expansão considerável do rol de direitos fundamentais quando comparado com o diploma anteriormente vigente. Isso faz parte do processo de evolução de um governo autoritário para um governo democrático, visto que o estado autoritário não dava a aplicabilidade necessária para os poucos direitos fundamentais previstos na constituição.

Portanto, a busca pela efetivação material dos direitos fundamentais veio junto com a luta pela democracia, pois só é possível que haja democracia quando a nação tem direitos fundamentais efetivos que sejam capazes de garantir a dignidade da pessoa humana, sendo este o fundamento último de um Estado Democrático de Direito.

A busca pela manutenção da paz no país, que foi sede de inúmeros e intensos conflitos, também tem sua relevância na amplificação do catálogo de direitos fundamentais, assim como na conquista da sedimentação desses direitos na carta maior de Angola.

Impede salientar que a dignidade da pessoa humana passou a ser prevista como um fundamento da República no artigo 1° da Constituição da República Angola, o que também é evidentemente um ponto positivo.

Além disso, a Carta Constitucional de 2010 trouxe um regime específico de aplicação dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional assim como dos direitos fundamentais de natureza análoga (presentes em lei ordinária e tratados internacionais). Esse foi um traço inovador do sistema constitucional Angolano, e, ao meu ver, positivo.

A previsão de órgãos capazes de garantir o cumprimento da Constituição foi um ponto positivo trazido ao texto constitucional de 2010 e de extrema relevância para a garantia dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional, o Ministério Público e a Provedoria de Justiça são exemplos de alguns dos órgãos previstos com potencial de defesa da Constituição e dos direitos nela previstos.

A evolução constitucional de Angola ocorreu paulatinamente, assim como tem que ser, pois nenhum país consegue evoluir pulando etapas. É sempre preciso passar por um período de maturação e conscientização da população em relação aos seus direitos.

Nesse sentido, é visível que a Constituição de 2010 trouxe grandes avanços e inovações para o cidadão angolano em relação a conquistas de direitos e meios para efetivá-los, principalmente quando comparado ao texto constitucional anterior.

6 A Lei Geral do Trabalho em Angola

A Lei Geral do Trabalho vigente em Angola desde 2015 revogou a Lei 2/2000. Esse novo texto legal trouxe novos contornos às relações jurídico-laborais.

A nova lei trouxe importantes transformações no que diz respeito aos seguintes temas: duração do contrato de trabalho, validade do contrato celebrado com estrangeiro não residente, medidas disciplinares, procedimento disciplinar, pressupostos de despedimento coletivo, remuneração, compensação por despedimento e meios extrajudicial para resolução de litígios verificados entre trabalhador e empregador.

Entretanto, o presente estudo não tem condão de adentrar no mérito das mudanças legislativas, mas sim de relacionar a vigente Lei Geral do Trabalho com a temática principal deste artigo: os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, bem como os direitos fundamentais de natureza análoga.

6.1 Relação entre a Lei Geral do trabalho em Angola e os direitos fundamentais

A Constituição de 1975 lançou um marco histórico ao reconhecer o direito do trabalho em seu artigo 26°. Nesse mesmo sentido, a Constituição de 2010 continua protegendo a seara laboral (art.76°) e prevê várias garantias que visam à melhoria das condições de trabalho, como o direito à formação profissional, à justa remuneração, descanso, férias, proteção, higiene e segurança no trabalho.

A eficácia dos direitos fundamentais é um assunto complexo e, por vezes, bastante discutido na doutrina, especialmente a eficácia horizontal, que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

O desenvolver do constitucionalismo moderno e o movimento de expansão dos direitos fundamentais, seguido de uma ideia de universalização desses direitos, favoreceu a ideia de que as relações entre privados também devem respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais. O que tem sido constantemente discutido é se essa aplicação se dá de forma direta ou indireta.

Parte da doutrina desenvolvia a ideia da aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que significa que a Constituição possui valores que atuam de forma reflexa nas relações privadas. Destarte, boa parte dos estudiosos tem defendido a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O próprio texto constitucional angolano prevê no artigo 28º, 1, a aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, assim como sua vinculação às entidades públicas e privadas.

Dessa forma, entende-se pela aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações laborais. Tem-se, portanto, a ideia de que os direitos fundamentais devem ser observados nas relações entre privados de forma a funcionar como limite para a autonomia negocial.

Os direitos fundamentais também funcionam como ferramenta de equilíbrio nas relações jurídico-laborais, à medida que visam à garantia da dignidade humana do trabalhador, limitando a atuação do empregador à restrição de direitos dos empregados.

Conforme ensina José João Abrantes (2005, p. 16), os direitos fundamentais garantem a todos os cidadãos um *status socialis* nas suas relações com os outros e, especificamente, contra entidades privadas que constituem verdadeiros poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que disponham de uma situação real de poder equiparável à supremacia do Estado.

Desse modo, em uma relação que há desequilíbrio natural entre os pólos, como é o caso da relação entre empregado e empregador, faz-se necessário um instrumento capaz de buscar maior isonomia entre as partes, a fim de prevenir possíveis desrespeitos aos direitos do trabalhador.

7 Conclusão

Historicamente falando, o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais em Angola foi pautado por avanços sucessivos, em meio a um turbulento contexto histórico-político que envolvia conflitos civis, transição de regime constitucional e luta pela paz.

Angola, assim como o resto do continente africano, é um território que carrega alta carga valorativa de costumes, que fazem parte da identidade do povo africano. Não muito diferente do que geralmente ocorre em processos colonizadores, com a chegada dos portugueses em Angola, tentou-se impor certos padrões ao povo angolano. Contudo, a extensa multiplicidade de culturas em um mesmo território foi um obstáculo para os colonizadores, que, mesmo assim, mantiveram-se por várias décadas em território angolano.

Somente em 1975, Angola alcançou a tão almejada independência, que culminou na elaboração da primeira Constituição do país e do período denominado de I República. Apesar da ideologia socialista adotada na época, a primeira constituição já trazia alguns direitos fundamentais, que, mesmo não possuindo efetividade prática, já apresentavam traços evolutivos e influenciadores para um futuro e extenso rol de direitos fundamentais, o qual só seria concretizado mais à frente, no texto constitucional de 2010.

No caminhar da evolução constitucional, é preciso respeitar tanto o tempo de maturação do país quanto dos seus cidadãos, pois do contrário há sempre o risco de a constituição se tornar ineficaz. Portanto, deve-se evitar aquilo que o ilustre filósofo Ferdinand Lassale define como constituição formal, pois, para ele, a constituição escrita

não passa de “meras folhas de papel”. Desse modo, é preciso alinhar a realidade com a prática, a fim de evitar constituições nominativas, ou seja, sem aplicabilidade prática.

A atual Constituição de Angola, promulgada em 2010, inaugurou um Estado Democrático de Direito. Esse texto, relativamente jovem, foi a efetivação formal de uma reforma jurídico-constitucional iniciada em 1991 e 1992. Portanto, percebe-se que a evolução constitucional em Angola ocorreu pouco a pouco.

A Constituição de 2010 trouxe grandes inovações e pontos positivos, sendo o principal deles a extensão do catálogo de direitos fundamentais, rompendo a timidez do legislador constituinte de 1975.

A sedimentação dos direitos fundamentais no texto constitucional representa uma vitória do povo angolano, principalmente do ponto de vista que possibilita a limitação do poder do Estado e a garantia de direitos básicos vitais. Uma sociedade calejada de conflitos civis agora passa a ter garantias essenciais para uma vida digna.

A internacionalização dos direitos fundamentais foi um movimento possibilitado somente após o fim da Segunda Guerra, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, visto que o caos vivido naquele momento fez nascer um sentimento de solidariedade, assim como a necessidade de afirmar e cristalizar direitos que garantissem a não repetibilidade das atrocidades vividas na guerra.

Entretanto, a transcendência dos direitos fundamentais não alcançou Angola naquele momento, que ainda era colônia portuguesa e vivia em regime de exploração. Como se viu, só mais a frente, após o processo de independência, foi possível afirmar esses direitos.

Assim como Angola, muitos países do continente africano só alcançaram a independência em um contexto histórico considerado tardio e, portanto, tiveram a sedimentação dos direitos fundamentais recentemente.

Daí não seria possível falar efetivamente em um direito fundamental africano padrão e uniforme, que envolvesse todo o continente, pois cada país tem um processo próprio e único de afirmação de direitos. Além disso, os países africanos possuem enorme heterogeneidade em seus processos de construção. No entanto, é possível falar de um princípio fundamental que se aplica de forma geral a todas as sociedades, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado de Direito; trata-se de um valor que impulsionou a luta pela garantia dos direitos fundamentais na Constituição Angolana. Sua transcendência é histórica e, mesmo que não esteja previsto formalmente em uma constituição, deve ser levada em conta.

O presente trabalho também abordou a questão que envolve a Lei Geral do trabalho e sua relação com os direitos fundamentais. O Direito do Trabalho é um direito constitucionalmente garantido na Constituição de Angola (art. 76) e busca garantir a dignidade do trabalhador.

A grande questão está em perceber como se dá a aplicação dos direitos fundamentais nas relações laborais. Conforme analisado acima, hoje impera na doutrina a aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações laborais.

Essa posição faz ainda mais sentido quando vai ao encontro da previsão do artigo 28º, 1, da Constituição Angolana, que prega a aplicação direta dos direitos,

liberdades e garantias fundamentais, assim como sua vinculação às entidades públicas e privadas.

Ao permitir a vinculação às entidades privadas, o legislador constituinte autoriza que as restrições observadas nas relações entre Estado e particular também estejam presentes nas relações privadas, permitindo, assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por fim, é importante salientar que Angola é um país com histórico de pós-colonização muito recente, quando comparada com a maior parte dos países do continente europeu e da América. Desse ponto de vista, é um país com evolução constitucional bem desenvolvida, considerando as realidades políticas e econômicas. Isso se dá por influência dos demais países que já passaram por um processo evolutivo de pós-colonização e que servem de inspiração para os recém-independentes, bem como pela realidade proporcionada por um mundo globalizado.

Referências

ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e os Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. rev. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. vol. I

FEIJÓ, Carlos Maria. **A coexistência normativa entre o Estado e as autoridades tradicionais na ordem jurídica plural angolana**. Coimbra: Almedina, 2012.

FEIJÓ, Carlos (coord.) *et al.* **Constituição da República de Angola: enquadramento histórico e trabalhos preparatórios**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2015. vol. II.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Angola**. Lisboa: IDILP, 2014.

GUEDES, Armando Marques *et al.* **Pluralismo e legitimação: a edificação jurídica pós-colonial de Angola**. Coimbra: Almedina, 2003.

MACHADO, Jonatas E. M.; DA COSTA, Paulo Nogueira. **Direito Constitucional Angolano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição de Angola de 2010**. CJP. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição da República Portuguesa Anotada: Tomo I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RIBEIRO, Valdemiro Jerónimo Manuel. **Os direitos, liberdades e garantias à luz da Nova Constituição da República de Angola de 2010**. Coimbra. 2013. Disponível em: [https:// estudogeral.sib.uc.pt](https://estudogeral.sib.uc.pt). Acesso em: 5 junho de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa; VAN DÚNEN, José Otávio Serra. **Sociedade e Estado em construção**: desafios do direito e da democracia. Coimbra: Almedina, 2012. vol. I.

Experimentação animal na indústria cosmética: uma análise da personalidade jurídica e dos direitos fundamentais dos seres não humanos

Animal experimentation in the cosmetic industry: an analysis of legal personality and fundamental rights of non-human beings

Luiza Cardoso Boaventura Vinhal

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: luiza.vinhal@hotmail.com

Fernanda Barcelos Rocha

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM, especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional de Curitiba/PR.
E-mail: fernandabr@unipam.edu.br

Resumo: O seguinte artigo tem por objetivo estudar a proteção dos animais submetidos a experimentações na indústria cosmética e as teorias que visam debater os problemas encontrados na área. Ao passo que a legislação existente não produz os efeitos esperados, restam duas opções trazidas por pesquisadores: o reconhecimento da personalidade jurídica dos animais, aceitando que eles têm direitos fundamentais resguardados, ou uma reformulação no âmbito da ética laboratorial e das normas jurídicas. Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o modelo teórico, através da leitura e análise de doutrinas, teses, artigos científicos e outros.

Palavras-chave: Proteção Animal. Personalidade Jurídica. Experimentação Animal. Sujeitos de Direito.

Abstract: The following article aims to study the protection of animals subjected to experiments in the cosmetic industry, and consequently the theories that aim to debate the problems found in the area. While the existing legislation does not produce the expected effects, there are two options left by researchers: the recognition of the animal's legal personality, accepting that they have fundamental rights protected, or a reformulation in the scope of laboratory ethics and legal rules. For the development of this work, the theoretical model was used, through the reading and analysis of doctrines, theses, scientific articles and others.

Keywords: Animal Protection. Legal Personality. Animal Experimentation. Subjects of Law.

1 Introdução

Os direitos dos animais, apesar de não ser matéria recente, ganha cada vez mais espaço em um mundo onde esses seres são tidos como coisas, cuja finalidade é beneficiar e servir os seres humanos. Assim, torna-se possível observar um debate relativo ao que seria um tratamento correto e o que seria viável economicamente, gerando grande repercussão social.

A proposta desta pesquisa é analisar e debater a (im)possibilidade do reconhecimento dos animais como sujeitos de direito, delimitando a investigação no âmbito do Direito Civil e Ambiental e delimitando o objeto de estudo aos animais submetidos às experimentações na indústria cosmética.

Ao se questionarem os limites e condições para o ingresso dos seres não humanos no sistema jurídico e como a teoria do Direito se relaciona com os princípios que norteiam a legislação ambiental brasileira, objetiva-se responder à seguinte pergunta: seriam condições cabíveis para esse reconhecimento a capacidade de comunicação, de pensamento e de sentiência?

Com isso, surgem diversas implicações em relação ao bem-estar dos animais e, conseqüentemente, geram-se outras reflexões, como se o reconhecimento da personalidade jurídica dos animais fosse o meio mais viável para se garantir os direitos fundamentais frente às pesquisas na indústria cosmética, ou, se apenas as regulamentações no campo da ética laboratorial fossem suficientes para alcançar tal objetivo. A intensa divergência doutrinária acerca da colocação dos animais no mundo jurídico, bem como as novas pesquisas científicas que buscam precisar a forma de sentir dos seres não humanos, torna o presente trabalho viável para pensadores do direito e de demais áreas, abrindo relevantes implicações sobre o bem-estar dos animais.

Para atingir as metas propostas, adota-se como metodologia a pesquisa teórica, tendo em vista ser a mais adequada para o enfrentamento dos problemas de pesquisa apresentados, uma vez que se buscam posições doutrinárias divergentes acerca da interpretação mais coerente dos dispositivos normativos da Constituição e das legislações esparsas que tratam do tema.

Em relação às técnicas de inquirição, é adotada a pesquisa bibliográfica, por ser eficaz para observar os vários pontos de vista doutrinários sobre a matéria, divergentes ou não. Utiliza-se de método dedutivo e da revisão bibliográfica de artigos científicos, manuais acadêmicos, monografias, dentre outras fontes.

2 O status dos animais e a evolução jurídica

De início, faz-se necessário compreender um pouco sobre a importância dos animais ao longo da história, para que assim seja possível enquadrá-los em uma categoria jurídica adequada. No século XXI, os animais são vistos como objetos, bens ou ainda seres não pensantes, cujas vidas se restringem a deleites do homem.

Esse entendimento vem sendo formado ao longo dos anos, visto que, com a socialização e a formação de comunidades, aldeias e cidades, fez-se necessária a domesticação dos animais de forma a serem úteis para a sobrevivência humana.

Na pré-história, o homem conseguiu “dominar” os seres não racionais; como os cães, para companhia, ovelhas, para retirar-lhe a lã, e, posteriormente, o gado, para produção de leite, carne e para atividades como o arado. O homem criou a crença de que os animais vieram, exclusivamente, ao mundo para servi-lo, transformando os seres não humanos e seus subprodutos em moedas de troca.

Posteriormente, Aristóteles, na linha de pensamento antropocentrista, acreditava que o homem estava no centro de todas as relações, e, em uma teoria “subsidiária”, julgava os animais como seres de almas irracionais, equiparando-os

aos escravos e demais seres humanos excluídos da vida civil da época. Criou-se assim uma hierarquização social que veio mudando com o passar do tempo, mas não totalmente (DIAS, 2000, p. 10).

Quando se fala de antropocentrismo, refere-se à concepção em que o ser humano estaria no centro das perspectivas epistemológicas e de todo o entendimento. Essa noção, que dominou a produção intelectual e científica no século XVIII, era marcada pela desvalorização das outras espécies vivas na biosfera. René Descartes acreditava que essa tendência foi a responsável por abrir margem para a submissão e a exploração da natureza a serviço das necessidades humanas (PORTAL EDUCAÇÃO, 2019).

Esse pensamento também foi identificado na Roma antiga, conforme explica Daniel Braga Lourenço:

Para os romanos, o conceito de coisa abraçava tudo o que pudesse ser apropriado por uma pessoa, constituindo uma realidade econômica autônoma, suscetível de tornar-se objeto de relações jurídicas. Mulheres, crianças, escravos, deficientes mentais, prisioneiros de guerra e animais foram, muitas vezes e por muito tempo, sob uma ótica que definia tal postura como normal, rotulados como coisas e, não raras vezes, submetidos a violências semelhantes (LOURENÇO, 2008, p. 87 *apud* BARBOSA, 2015, p. 75).

A história romana marca o reconhecimento da personalidade e existência de alma dos escravos e a inclusão das mulheres no ordenamento jurídico. Essas conquistas dão ensejo a uma das teorias defendidas por ambientalistas, que indicam a “nova fase evolutiva do Direito”, em que o animal sai da categoria que antes compartilhava com os escravos e mulheres, para passar a possuir personalidade jurídica. Assim, afirma o filósofo Peter Singer, em seu livro *Libertação Animal*:

Talvez chegue o dia em que o restante da criação animal venha a adquirir os direitos que jamais poderiam ter-lhe sido negados, a não ser pela mão tirana. Os franceses já descobriram que o escuro da pele não é razão para que um ser humano seja irremediavelmente abandonado aos caprichos de um torturador. É possível que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a terminação do osso sacro são motivos igualmente insuficientes para abandonar um ser senciente ao mesmo destino (SINGER, 2013, p. 12).

Há algumas culturas que consideram os animais como algo além de produtos e patrimônios, como o hinduísmo na Índia, que cultua a vaca e o rato como sagrados. Tal população valoriza a existência dos seres não humanos, os idolatra como indivíduos ainda mais evoluídos espiritualmente que o próprio homem e os trata com admiração e respeito, abominando quaisquer maus-tratos aos animais. Além da religião supramencionada, os indígenas também respeitavam a natureza e consequentemente os animais que coexistiam, tratando-os como iguais.

Mesmo existindo diferentes pontos de vista, o que prevalece atualmente é a ideia de que sem a dominação e a domesticação dos animais, a evolução histórica e tecnológica dos homens teria sido demasiadamente restrita, limitando até seu

avanço científico. Esse argumento é utilizado para explicar a forma de tratamento e de exploração dos animais postos à venda, submetidos a trabalhos excessivos e à experimentação laboratorial.

Ao longo do tempo, o legislador enxergou a necessidade de salvaguardar esses seres hipossuficientes. O primeiro registro que se tem no Brasil de uma legislação federal para a proteção dos animais foi o Decreto 24.645, de 1934, do governo de Getúlio Vargas, que trouxe um rol taxativo de formas de maus-tratos. Segundo Maria Izabel Vasco de Toledo (2016, p. 147), “o referido decreto é considerado bem abrangente, já que elenca em trinta e um incisos de seu artigo 3º, diversas possibilidades de condutas, inclusive omissivas, que podem ser consideradas cruéis contra não humanos”.

Já a Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 225, §1º, inciso VII, incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Com isso, é possível compreender que é direito dos animais não sofrer qualquer tipo de atrocidade e que estes também são possuidores de direitos, enquanto os seres humanos são detentores de determinadas obrigações. Vale ressaltar que a tutela do Meio Ambiente cabe ao Ministério Público, ou seja, ele é o responsável por assegurar o cumprimento desses direitos mencionados.

Diante disso, o legislador trouxe regulamentações à norma constitucional em sua Lei 9.605 de 1998 (BRASIL, 1998), redigindo o artigo 32, de tal modo a explicitar que qualquer forma de maus-tratos, abusos, mutilações ou ferimentos, em qualquer espécie de seres não humanos, incorreria em sanções penais, o que será mais bem trabalhado no capítulo seguinte.

3 Parâmetros para a experimentação animal: ética e legislação

Para melhor compreensão acerca do tema proposto, é importante conhecer um pouco mais sobre o conceito dos corriqueiros testes laboratoriais em animais:

A experimentação animal consiste na utilização de animais vivos em laboratórios para a realização de experiências puras ou aplicadas, como também para fins de ensino. A experimentação científica de animais também é chamada de *vivissecção* (do latim *vivus* = vivo + *seccione* + *seccão*), que se relaciona à prática de fazer operações em animais vivos, a fim de estudar os fenômenos fisiológicos. O conceito é aplicado genericamente a qualquer forma de experimentação animal que implique intervenção para observar um fenômeno, um estudo anatômico ou uma alteração fisiológica. (KRELL; LIMA, 2015, p. 118).

Em outras palavras, seria o ato de dissecar um animal, ainda com vida, com o intuito de estudar sua natureza biológica, visando ampliar os conhecimentos científicos sobre determinado animal ou reação de certa substância nele. A *vivissecção* é corriqueiramente utilizada em testes na indústria cosmética para averiguar se os produtos para o embelezamento humano são capazes de trazer algum malefício ou se

já estão em condições para ingressarem no mercado. Entretanto, existem parâmetros e limites impostos pela legislação vigente sobre essa atividade.

A Lei 11.794 de 2008 (BRASIL, 2008), também chamada de Lei Arouca, instituiu parâmetros para os experimentos com seres não humanos, estabelecendo quais são os procedimentos mais adequados e formou o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA). Esse conselho passou a ser responsável por credenciar instituições para criação e utilização de animais destinados a fins científicos e estabelecer as normas para o uso e cuidado dos animais. Além disso, conforme traz o artigo 5º, inciso III da referida lei, é uma das competências do CONCEA “monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituem a utilização de animais em ensino e pesquisa” (BRASIL, 2008).

Além do credenciamento das instituições, o CONCEA passou a ter também a atribuição de monitorar e avaliar o uso de técnicas alternativas que possam substituir o uso de animais tanto no ensino quanto nas pesquisas científicas e estabelecer e rever normas técnicas para a instalação e funcionamento de centros de criação, biotérios e laboratórios de experimentação (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2013).

Sob a perspectiva desse dispositivo legal, o artigo 32 da Lei 9.605 de 1998 (BRASIL, 1998) expressa que existem consequências específicas para os atos de experimentação animal. Explana que quem realiza experiência hedionda em animais vivos, ainda que para fins didáticos ou científicos, incorre na pena prevista de detenção de três meses a um ano e multa, se existir qualquer recurso alternativo que possa poupar o sofrimento e a vida daquele ser.

Quanto aos métodos alternativos, existem pesquisas avançadas realizadas em todo o mundo que buscam outros métodos de testes na indústria cosmética. Segundo elas, a lista de possibilidades é vasta, as quais não são muito utilizadas, como: sistemas biológicos *in vitro*, cromatografia e espectrometria de massa, farmacologia e mecânica quânticas, estudos epidemiológicos, estudos clínicos, necrópsias e biópsias, simulações computadorizadas, modelos matemáticos, culturas de bactérias e protozoários, uso da placenta e do cordão umbilical, membrana corialantóide, dentre outros (ANDRADE; PINTO; OLIVEIRA, 2002).

Mesmo existindo tantas formas que privam os animais de sofrimentos, ainda são realizados testes que violam a Constituição Federal (BRASIL, 1988), como o que ocorre com os coelhos na indústria de perfumes, já que são presos em gaiolas e são aplicadas substâncias químicas em seus olhos, a fim de avaliar a irritação provocada, sendo que, quando não são sacrificados, ficam cegos (SINGER, 2013, p. 79).

Uma metodologia já utilizada por indústrias cosméticas é a tecnologia *in vitro*, para substituir total ou parcialmente o emprego do animal em testes. Esse sistema faz uso de células e tecidos criados em laboratório para inferir a toxicidade e a eficácia de novos compostos.

Esse tipo de ensaio científico é corriqueiro no Brasil e, mesmo com a legislação reprimindo tal conduta, é possível detectar métodos pelos quais as indústrias driblam as normas, como conta Matheus de Oliveira Fornasier e Ana Lara Tondo:

Ocorre que muitas indústrias, para não terem de investir grandes somas em métodos alternativos, conferem a seus cosméticos *status* de produto medicinal,

para que se possa pesquisar e fabricar usando animais. Além disso, também é comum que empresas fabriquem e vendam seus produtos em países que o teste é obrigatório, como na China. Aliás, muitas empresas, no Brasil, se utilizam dessa estratégia: não realizam testes em animais em território nacional, mas optam por vender seus produtos em países em que o teste é obrigatório (FORNASIER; TONDO, 2017, p. 66).

Isso ocorre devido às lacunas deixadas pelo legislador na Lei 11.794 de 2008 (BRASIL, 2008), já que dá margem para interpretações que permitem o uso indiscriminado de animais em pesquisas, ou seja, a lei, em tese, resguarda o bem-estar desses seres, porém, ao se valer de expressões como “sempre que possível” e ao tratar a eutanásia dos seres já submetidos a experimentos como regra geral, possibilita que as indústrias burlem a ideia central da norma jurídica.

Em contrapartida, os métodos alternativos possuem uma maior viabilidade, além de provar que são mais baratos e eficazes para as indústrias, pois, ao contrário das cobaias, tem vida útil maior. Além disso, há uma gama de custos intrínsecos para se manter um animal de laboratório, como alimentação e funcionários para o cuidado dos seres não humanos. Contudo, essas novas técnicas não são tão utilizadas pelo simples fato de que o homem acomodou-se e se acostumou com os procedimentos antiquados com animais.

Tomando por base as polêmicas discussões sobre a vivisseção, destacam-se três correntes: os vivisseccionistas, os bem-estaristas e os abolicionistas.

Os vivisseccionistas embasam sua teoria na necessidade absoluta da experimentação animal, defendendo-a como a única técnica, viável e segura, para obter um resultado concreto e confiável, sendo crucial observar a materialidade do efeito dos testes. Essa corrente tem como preceito o pensamento positivista e antropocentrismo, como também a teoria *beast-machine* de René Descartes, que iguala os seres não humano a máquinas a serviço do homem (DESCARTES, 2009).

A segunda linha de pensamento, dos bem-estaristas, diferentemente, acredita que as experimentações são necessárias para o crescimento da ciência e para o desenvolvimento humano, todavia presam o bem-estar dos animais submetidos a essa técnica. Buscam garantir uma vertente mais humanitária; tem por base os princípios dos “3Rs” de Russel e Burch, *Replacement*, *Reduction* e *Refinement*:

Replacement – traduzido como Alternativas, indica que sempre que possível devemos usar, no lugar de animais vivos, matérias sem sensibilidade, como cultura de tecidos ou modelos de computador. [...] *Reduction* – traduzido como Redução; já que devemos usar animais em certos tipos de experimentos, o número utilizado deverá ser o menor possível, desde que nos forneça resultados estatísticos significativos. [...] *Refinement* – traduzido como Aprimoramento, refere-se a técnicas menos invasivas, ao manejo de animais somente por pessoas treinadas, pois uma simples injeção pode causar muita dor quando dada por pessoa inexperiente (ANDRADE; PINTO; OLIVEIRA, 2002).

Esses preceitos defendidos pela corrente bem-estarista são bem exemplificados na Lei Arouca, que traz em seus artigos e incisos as ideias abarcadas pelo princípio

anteriormente exposto dos “3Rs”.

Já os abolicionistas repudiam qualquer forma de experimentação que se vale de seres não humanos para expor resultados, tanto no âmbito educacional quanto nas indústrias. Negam, da mesma forma, qualquer superioridade hierárquica atribuída ao homem em relação aos animais. Compartilham da mesma linha de pensamento da cosmovisão biocentrista, que considera que o homem e o meio ambiente, tanto a fauna quanto a flora, estão no centro do universo.

O biocentrismo surge em oposição ao pensamento antropocentrista que, como supracitado, entendia ser a humanidade o foco da existência. Enquanto os antropocêntricos defendem a responsabilidade do ser humano para com a natureza, os biocêntricos acreditam nos deveres dele diante da natureza. Ocorre, portanto, o deslocamento do homem como o centro das perspectivas de conhecimento e de visão de mundo e coloca todas as manifestações vivas em posição de igual importância, retirando da sociedade humana o status de superioridade. Com isso, não existiria qualquer divisão entre homens e ambiente.

Já os autores animalistas se baseiam em estudos que atestam a capacidade dos animais de sentirem dor, sofrimento, alegria, medo, insegurança, amor e tantos outros sentimentos facilmente reconhecidos nos humanos, tratando-se, portanto, de senciência.

Outrossim, essa corrente também funda seus pensamentos nos históricos dos resultados já demonstrados por esses meios, que se mostraram errôneos ao ponto de prejudicar toda uma geração. Assim, ocorreu com a *talidomida*, um medicamento sedativo e anti-inflamatório desenvolvido na Alemanha na década de 50, “que causou deformação em milhares de fetos humanos, mesmo depois de ser testada com sucesso em ratos, confirmando suas falhas, ou até ineficácia” (KRELL; LIMA, 2015, p. 121).

Um defensor dessa ideia é o Promotor de Justiça Heron Gordilho, que, em entrevista ao ConJur, expôs seu ponto de vista:

Tem um dilema muito grande nessa questão. Se faz experiência animal para usar no homem, estão dizendo que há semelhança entre os dois. Se existe semelhança entre ambos, não pode tratar um de uma forma e outro diferente. O direito trabalha com tratamento igual entre semelhantes. Esse é um princípio básico. Agora, se admitimos que o homem e animal são diferentes, então não podemos usar o resultado de um experiência no outro. É um dilema. Temos recursos alternativos, como uso de células embrionárias, para não precisar causar tantos sofrimentos aos animais (GORDILHO, 2017, *online*).

Tendo por base essa linha de raciocínio, os abolicionistas trazem uma nova proposta para a esfera jurídica: procuram enquadrar os animais como sujeitos de direito, dotados de direitos fundamentais subjetivos.

4 Critérios e obstáculos da personalidade jurídica e dos direitos fundamentais

Para a psicologia, a personalidade se compreende na “estrutura ou silhueta psíquica individual” (GAGLIANO, 2004, p. 88, *apud* FIUZA; GONTIJO, 2014, p. 58). No entanto, no âmbito jurídico, tal instituto se qualificaria como um sinônimo de capacidade

de ser sujeito de direito, sendo considerada uma qualidade que evolui com a própria sociedade, adequando-se ao longo das necessidades.

Vale frisar que esse atributo não pode ser confundido com capacidade em si, já que sujeito de direito é entendido como aquele apto a conferir direitos e deveres, conforme explana Cesar Augusto de Castro Fiuza e Bruno Rezende Azevedo Gontijo:

A capacidade é a medida da personalidade. É um dos principais atributos da pessoa. A personalidade é um valor; a capacidade é a medida desse valor, traduzindo-se, pois, num quantum, que pode ser graduado. Um indivíduo pode ser mais ou menos capaz (há três graduações na capacidade de fato: incapacidade absoluta, incapacidade relativa e capacidade plena), mas, seguramente, não pode ser mais ou menos pessoa. [...] A capacidade de direito materializa a pessoa, tornando-a sujeito de direito, e a capacidade de fato realiza a pessoa, habilitando-a ao exercício efetivo da subjetividade, ou seja, dos direitos e deveres (FIUZA; GONTIJO, 2014, p. 59).

A partir dessa análise é possível trazer para o contexto o que determinados autores consideram ser os direitos fundamentais. Segundo Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2018, p. 814), são direitos intrínsecos a personalidade, como o direito à vida, à saúde, ao bem-estar, dentre outros. Estes surgem na esfera jurídica em decorrência de evoluções históricas e sociais, para suprir as novas necessidades da sociedade. Tal constitucionalista defende uma mudança de paradigma, enquadrando os direitos fundamentais dos animais como de quinta dimensão.

Historicamente, o homem sempre foi o único titular de direitos fundamentais. O que se questiona na doutrina é o porquê desse tratamento tão distinto entre os seres humanos e os não humanos. Contudo, conforme traz em pauta Mateus de Oliveira Fornasier e Ana Laura Tondo, esse pensamento está mudando aos poucos, amadurecendo nas mentes dos doutrinadores.

Na teoria dos sistemas já se pode observar autores que tratam de uma “humanização dos direitos dos animais” ou a conformação de “direitos humanos dos animais”. Ora, a teoria dos sistemas aponta, no que tange aos direitos humanos, para uma gama de direitos que visa a resguardar a condição de incluído (como pessoa) nas comunicações de vários sistemas – eis que os excluídos seriam comunicados apenas como “corpos”, e não como “mentes” (ou seja, não seriam pessoas). Nesta senda, tratar de direitos humanizados para os animais significa o reconhecimento de sua condição de pessoa (é claro, não humana, mas ainda assim, titular de direitos, e não apenas de corpo economicamente explorável) (FORNASIER; TONDO, 2017, p. 69).

Por meio de legislações internacionais, percebe-se um avanço no que diz respeito ao reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos fundamentais, bem como personalidades jurídicas.

Portugal alterou seu Código Civil, em maio de 2017, para incluir os seres não humanos como seres dotados de sensibilidade e sujeitos de direito, em seu artigo 201-B. Da mesma forma, a Alemanha em 2007 já trazia em sua Constituição previsão legal

de direitos amplos aos animais. Nessa linha, também estão a França, que modificou seu Código Civil em 2015, a Suíça e a Áustria, que desconsideraram os animais como coisas, e a Holanda, em 2011, modificou a redação de seu Código para dar maior proteção aos seres não humanos (MATOS; BARBOSA, 2017, p. 14).

Além desses países, a Bolívia e o Equador também criaram leis específicas para salvaguardar os direitos desses seres e da *Pacha Mama* (Mãe Natureza) de forma geral, reconhecendo-os como seres vivos plenos de direitos, como a proteção contra maus-tratos, abusos e qualquer forma de violência. Especificamente a legislação equatoriana considera os animais como titulares de direitos fundamentais. Semelhantemente, o México em 2017 reconheceu que os animais são seres pensantes e dotados de sensibilidade, redefinindo o *status* jurídico desses em sua Constituição (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 816).

No mesmo contexto, no Brasil, surgiram Projetos de Leis como o nº 215 de 2007 (BRASIL, 2007) e o nº 3.676 de 2012 (BRASIL, 2012), que propunham em seus artigos uma maior proteção ao bem-estar dos animais. Igualmente, os Projetos nº 6.054 de 2019 (BRASIL, 2019), nº 7.991 de 2014 (BRASIL, 2014) e nº 351 de 2015 (BRASIL, 2015), buscavam a “descoisificação” dos seres não humanos, garantindo a eles a qualidade de sujeitos de direitos, possuindo natureza jurídica *sui generis*. Já de forma mais específica, a Lei 23.050 de 2018 (BRASIL, 2018), com o intuito de proibir os testes em animais na indústria cosmética no estado de Minas Gerais, foi promulgada, registrando um grande progresso na visão de ONGs e de ambientalistas.

A linha teórica animalista, que sustenta a criação das leis supramencionadas, afirma que os animais possuem mais características que os igualam aos homens do que qualidades que os diferem, quais sejam, capacidade de sentiência. Da mesma forma que os seres humanos, os animais sentem fome, frio, medo, dor, sofrimento, estresse, frustração, alegria, insegurança, amor e tantos outros sentimentos facilmente reconhecidos nos humanos, além de aprender com as experiências, tudo isso de forma consciente.

Há quem diga que a capacidade de racionalização e cognição não são critérios suficientes para a caracterização, “mas, um cavalo ou cão completamente é, sem sombras de comparação, um animal mais racional e mais interligado do que uma criança de um dia, uma semana ou até um mês de idade. [...] A questão não é nem se eles possuem razão, nem se eles podem falar. Mas sim: eles podem sofrer?” (BETHAM, 1823, p. 283, *apud* NUNES JÚNIOR, 2018, p. 817), essa é a teoria deixada pelo filósofo Jeremy Bentham. Na mesma linha de pensamento, o autor português Fernando Araújo levanta a tese de que:

[...] os próprios seres humanos – alguns permanentemente, muitos deles na velhice e na doença, todos eles na infância – têm incapacidades e dependências na forma de recorrerem à sua linguagem e à intencionalidade da sua razão, e por isso a plena consideração (bio)ética dos seus interesses deve assentar noutros critérios que não os da racionalidade, da reciprocidade, da intencionalidade expressiva ou do uso de linguagem articulada. Dito de forma mais crua ainda, se fossemos assentar a discriminação em «capacidades racionais e aceitássemos qualquer grau de sofrimento nos seres discriminados, seríamos levados à conclusão de que as crianças, os deficientes profundos e os irreversivelmente

incapacitados entre os humanos poderiam justificadamente ficar mais expostos ao sofrimento do que os demais membros da sua espécie, e até do que muitos não humanos (ARAÚJO, 2003, p. 97).

O argumento supramencionado é o apresentado pela estudiosa da área, Edna Cardozo Dias (2000, p. 37), que dá embasamento para essa corrente. Ela questiona que, se os incapazes e as pessoas jurídicas possuem tais características, qual seria a base teórica e científica que desconfigura os animais desse grupo jurídico?

A autora traz uma análise comparativa entre os seres não humanos e o nascituro, dizendo que, se um ser que não possui capacidade de expressar sua vontade é digno de direitos subjetivos, então consequentemente a característica primordial para tanto seria a qualidade de ser vivo, dessa forma, os animais seriam merecedores desses direitos inatos.

Por outro lado, existe uma corrente que defende a mitigação desses direitos, isto é, busca um equilíbrio entre os direitos do homem e os direitos do animal. Essa linha de pensamento não aceita o enquadramento dos seres não humanos como personalidade jurídica, alegando que não há necessidade para se garantir os direitos de bem-estar dos animais e afirma que essa não é a melhor maneira para tal. Richard A. Epstein assume a carência de resguardo legislativo, propondo mudanças nesse contexto:

Nada disso faz qualquer sentido, devido à intrínseca falta de capacidade dos animais. A reivindicação dos direitos dos animais, portanto, tende a reduzir-se a um pedido singular. Proteção contra ataques físicos, ou, talvez, como Gary Francione desejou, o direito um pouco mais amplo em que os animais não podem ser usados como recursos sujeitos ao controle dos seres humanos, ou, de forma mais genérica, “o direito de não serem tratados como coisas” ou recursos, de propriedade de outros seres humanos, até mesmo, ao que parece, quando feito para o seu benefício (EPSTEIN, 2014, p. 30).

Por fim, no que se refere aos direitos dos animais, tanto a teoria animalista quanto a teoria da mitigação dos direitos dos seres não humanos são benéficas. Distancia-se apenas daqueles que negam a proteção aos animais, já que acreditam que os animais são meros objetos e que devem ser usados para testes puramente como máquinas em benefício do ser humano.

5 Conclusão

O objetivo do presente trabalho foi analisar o tratamento dos animais ao longo da história, para que fosse possível visualizar a mudança da visão humana quanto à sua natureza jurídica e à necessidade da sua efetiva proteção diante dos experimentos. Com isso, apresentaram-se teorias acerca da necessidade dos ensaios laboratoriais, como também pensamentos contrários e favoráveis o reconhecimento dos animais como personalidades jurídicas.

Nesse sentido, pode-se concluir que as capacidades de comunicação, de pensamento e de sentiência, já comprovadas cientificamente, são requisitos suficientes

para o reconhecimento da personalidade jurídica. São essas características utilizadas para justificar os experimentos laboratoriais e também são elas que colocam os animais e os homens em patamar de extrema semelhança.

Apesar de parte dos autores entenderem que é de suma importância para toda a sociedade a garantia dos direitos básicos aos seres não humanos, não é pacífica a forma como deve ser aplicada no ordenamento jurídico. Assim, resta em aberto se o reconhecimento da subjetividade jurídica dos animais seria a forma mais eficaz de garantia dos direitos, ou se apenas um acréscimo ao rol de benefícios e proteções seria suficiente para se fazer cumprir o que os animais precisam e merecem enquanto seres sensíveis.

De tal modo, é imprescindível que conceitos jurídicos e morais sejam reformulados para a efetivação dos direitos fundamentais dos animais. Dessa forma, espera-se que estes possam ter uma vida digna, como qualquer outro ser vivo, independentemente da forma escolhida para a garantia dessas necessidades inerentes.

A crescente procura por cosmético *cruelty free* (livres de crueldade – não testados em animais) é um exemplo recente e significativo da conscientização do homem acerca do bem-estar dos seres não humanos, ensejando uma grande mudança, não apenas jurídica, mas também social, que tem como consequência a não objetificação dos animais.

Referências

ANDRADE, Antenor; PINTO Sergio Correia; OLIVEIRA Rosilene Santos de (org.). **Animais de Laboratório**: criação e experimentação. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002. 388 p. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/sfwjtj/pdf/andrade-9788575413869.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ANDRADE, Fernanda; ZAMBAM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 11, n. 23, p.143-171, set./dez. 2016. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/698578725/graphical_version. Acesso em: 23 mar. 2018.

ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2003. 379 p.

ARAÚJO, Fernando. Experiências com animais. **RIDB**, nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/dcf084809e56>. Acesso em: 30 mar. 2018.

AZEVEDO, Juliana Lima de. A proteção dos animais no direito constitucional alemão. **RJLB**, Ano 4, nº 2, 2019, p.1043-1075.

BARATELA, Daiane Fernandes. Ética ambiental e proteção dos direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 9, n. 16. Salvador, 2014. p. 73-93.

BARBOSA, Kleusa Ribeiro. **O status jurídico dos animais: uma revisão necessária.** 2015, 75 f. (Monografia de Graduação em Direito) - Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:
<https://kleusaribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/327883294/o-status-juridico-dos-animais-uma-revisao-necessaria>. Acesso em: 10 set. 2018.

BARTLETT, Steven James. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: Bloqueios psicológicos e conceituais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 3, p. 17-66. Salvador, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. 248 p.

BOT, Olivier Le. Direitos fundamentais para os animais: uma ideia absurda? **Revista Brasileira de Direito Animal**, Brasil, v. 11, n. 07, p.37-56, jul./dez. 2012. Disponível em:
https://app.vlex.com/#BR/vid/522015974/graphical_version. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 23.050 de 25 de julho de 2018** - Proíbe a utilização, no Estado, de animais para desenvolvimento, experimento e teste de perfumes e produtos cosméticos e de higiene pessoal e seus componentes. Disponível em:
<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23050&comp=&ano=2018>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 215, de 2007 - Institui o Código Federal de Bem-Estar Animal.** Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=436891&filename=PL+215/2007. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.676 de 2012** - Institui o Estatuto dos Animais Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=979842&filename=PL+3676/2012. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 351 de 2015** - Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em:
<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=3530571&ts=1567534696476&disposition=inline. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.054 de 2019** - Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL+6054/2019+%28Nº+Anterior:+PL+6799/2013%29. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.991 de 2014** - Altera a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1279357&filename=PL+7991/2014. Acesso em: 30 mar. 2018.

CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos ambientais e o direito dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 6, p. 213-250. Salvador, 2011.

CORDEIRO, António Barreto Menezes. **A natureza jurídica dos animais à luz da Lei nº 8/2017, de 3 de março**. Disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/bec30c1c54b7>. Acesso em: 30 mar. 2018.

CUNHA, Silvério Rocha. O direito ao grande massacre: sobre os direitos dos animais. In: **Boletim da Ordem dos Advogados**, nº 27. Lisboa: 2003, pp. 54-58. Disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/f2d76507c04e>. Acesso em: 30 mar. 2018.

DESCARTES, René. **O mundo ou tratado da luz e o homem**. Trad. César Augusto Battisti e Marisa Carneiro de Oliveira Franco Donatelli. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

DIAS, Edna Cardozo. Leis e animais: direitos ou deveres. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Brasil, v. 8, n. 06, p.301-313, jan./jun. 2011. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/427023334/graphical_version. Acesso em: 23 mar. 2018.

DIAS, Edna Cardozo. **Tutela Jurídica dos Animais**. 2000, 150 f. (Tese de Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/19996385/tutela-juridica-dos-animais>. Acesso em: 23 set. 2018.

EPSTEIN, Richard A. Animais como objetos, ou sujeitos, de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal: doutrina internacional**, Salvador, v. 9, n. 16, p.15-45, maio 2014. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/548477466/graphical_version. Acesso em: 03 abr. 2018.

FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Proteção ambiental e personificação dos animais. **Veredas do Direito – Direito Ambiental e**

Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p.55-76, julho/dezembro 2014. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/583309702/graphical_version. Acesso em: 15 jun. 2018.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; TONDO, Ana Lara. Experimentação animal na indústria de cosméticos e teoria do direito: uma análise sistêmica dos “direitos humanos dos animais”. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 12, n. 02, p.43-82, maio/ago. 2017. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/698578969/graphical_version. Acesso em: 03 abr. 2018.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. Animais não humanos: os novos sujeitos de Direito. **Revista Brasileira de Direito Animal: Ética Animal**, Salvador, v. 8, n. 14, p.101-129, set. 2013. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/522172382/graphical_version. Acesso em: 23 mar. 2018.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A Lei Arouca**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/lei-arouca>. Acesso em: 20 maio 2019.

GORDILHO, Heron José de Santana. Garantir os direitos dos animais é uma questão moral antes de ser jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-07/entrevista-heron-gordilho-promotor-mp-ba>. Acesso em: 10 abr. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro? **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 03, p.141-172, 2017. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/698579069/graphical_version. Acesso em: 30 mar. 2018.

KRELL, Andreas J.; LIMA, Marcos Vinício Cavalcante. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso de animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 9, n. 16, p.113-153, maio 2015. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/584830282/graphical_version. Acesso em: 03 set. 2018.

MATOS, Felipe Albuquerque; BARBOSA, Mafalda Miranda. **O novo estatuto jurídico dos animais**. Coimbra: Gestlegal, 2017. 162 p.

MIRANDA, João Paulo. A ética ambiental dos direitos humanos. **Juris**, Rio Grande, v. 25, p. 141-164, 2016. Disponível em: <https://seer.furg.br/juris/article/view/5996>. Acesso em: 30 mar. 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1552 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Antropocentrismo, biocentrismo e especismo**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/biologia/antropocentrismo-biocentrismo-e-especismo/39379>. Acesso em: 20 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. Brasil: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza e direitos dos animais: um enquadramento. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 10, p. 11325-11370. Lisboa/Portugal. 2013.

SILVEIRA, Paula Galbiatti; BARROS, Marina Dorileo. A proteção jurídica dos animais não-humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 10, n. 18, 2015.

SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v. 4, ano 3, 2017.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. 461 p.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16. ed. Brasil: Saraiva, 2018.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. Análise jurídica da experimentação animal e a controvérsia acerca do termo “Recursos Alternativos”. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 9, n. 21, p.135-163, janeiro 2016. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/vid/644756393/graphical_version. Acesso em: 14 jun. 2018.

XAVIER, Cláudio. Direitos dos animais no século XXI: uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. **RIDB**, nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

O direito da personalidade dos transexuais e a problemática do banheiro

The right of the personality of transsexuals and the problem of the restroom

Mariana Araújo Camargos

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: m.a.camargos@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho aborda um tema atual, polêmico e com grande relevância real: o direito personalíssimo dos transexuais à luz de um Estado Democrático de Direito. A problemática parte de embasamentos jurídicos teóricos e é exemplificada com situações concretas vividas por essas pessoas na busca de sua identidade no âmbito civil. Procura pactuar epistemologicamente noções como gênero, sexo e identidade. Afasta mitos e estigmas relacionados ao transexualismo, enfatizando a necessidade de reconhecimento e efetivação dos seus direitos, em especial, analisando o Recurso Extraordinário 845.779/ SC e a livre escolha das transexuais femininas em utilizar banheiro abertos ao público de acordo com sua identificação sexual. Nesse contexto, conclui-se com um parâmetro reflexivo sobre os desafios enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal na proteção às minorias, a fim de permitir serem tratados socialmente em acordo com o seu bem-estar, tendo sempre como referência a sociedade democrática existente na realidade jurídica atual.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Prenome. Transexuais. Readequação sexual. Recurso extraordinário.

Abstract: The present work addresses a current, controversial and very real relevance theme: the very personal right of transsexuals in the light of a Democratic Rule of Law. The problem starts from theoretical legal foundations and exemplifies with concrete situations lived by these people in search of their identity in the civil sphere. It seeks to epistemologically agree notions such as gender, sex and identity. It dispels myths and stigmas related to transsexualism, emphasizing the need to recognize and enforce their rights, in particular by analyzing Extraordinary Appeal 845.779 / SC and the free choice of female transsexuals to use publicly accessible restrooms according to their sexual identification. In this context, it concludes with a reflective parameter on the challenges faced by the Federal Supreme Court in the protection of minorities, in order to allow them to be treated socially in accordance with their welfare, always with reference to the existing democratic society in the current legal reality.

Keywords: Personality rights. First name. Transsexuals. Sexual readjustment. Extraordinary Appeal.

1 Considerações iniciais

O grande impasse que os transexuais enfrentam não está relacionado com a cirurgia de readequação genital, seu custo ou suas implicações. O maior obstáculo está na dificuldade de alteração do nome e gênero do registro civil, que, para eles, resultaria

na completa satisfação à identidade pessoal, efetivando, assim, o seu direito a personalidade.

O transexual é caracterizado como aquele que foi diagnosticado, por psicólogos, com transtorno de identidade de gênero e, diferentemente dos homossexuais, recusa totalmente seu sexo biológico, sofrendo então com a não aceitação, logo, reconhece que sua identidade psíquica e social é igual à do sexo oposto.

A problematização do estudo é assinalar até que ponto os direitos de adequação sexual e suas implicações estão resguardados, uma vez que o Brasil ainda não possui nenhuma lei específica sobre o tema.

Os métodos de pesquisa utilizados para percorrer o caminho e chegar a uma conclusão se baseiam abstratamente, com o intuito de buscar sempre a discussão de ideias. Pode-se dizer, então, que o tipo de pesquisa é teórico. A investigação conta com dispositivo de estudo bibliográfico, como livros de importantes doutrinadores na área de Direito Civil e também de estudiosos da transexualidade; apresenta a legislação pertinente sobre os direitos da personalidade, com ênfase no direito ao próprio corpo e nome; aprofunda-se em monografias e pesquisas científicas de acadêmicos do curso de Direito com diferentes pontos de vista. Usa, também, como fonte, artigos de revistas e sites jurídicos confiáveis, escritos por advogados com grande renome. Por fim, analisa os pontos de vista e votos dos ministros do STF no Recurso Extraordinário que pondera sobre o tema.

O objetivo de maneira geral é analisar a necessidade do Direito e de seus operadores de se adaptarem às novas mudanças sociais, especificamente às atinentes ao uso do banheiro público por transexuais femininas. De maneira específica, o trabalho aborda a necessidade de regulamentação do direito à identidade do transexual, com perspectiva civil-constitucional. Pontua os obstáculos avistados na troca do primeiro nome e ratifica os desafios enfrentados pelo Supremo Tribunal considerando a relevância e o impacto do julgamento em prol da sociedade.

Claramente os direitos da personalidade, ao longo da evolução legislativa, resultaram em uma ampla proteção à dignidade da pessoa humana de forma a titularizar o indivíduo como unidade da vida social e jurídica e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. Logo, não há dúvidas que a sociedade contemporânea vive constante transformação que reflete nas suas mais diversas esferas. Essas mudanças resultam na reformulação da conduta humana, e o Direito precisa acompanhá-las.

Abre-se, então, um parâmetro para a reflexão, fundamentando-se nessas experiências indenitárias, de forma a quebrar o pensamento conservadorista e dar o melhor encaminhamento para a questão da transgenitalização. Por fim, torna-se imprescindível o respaldo jurídico-social às garantias das minorias, qualquer que sejam elas, sobretudo relacionadas ao direito da personalidade. O presente artigo não tem a pretensão de esgotar a pesquisa e sanar todas as dúvidas sobre o tema em questão. O desígnio do projeto é ilustrar os conflitos e soluções jurídicas referentes à garantia da dignidade para a maioria transexual.

2 Dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade estão diretamente ligados à ideia de pessoa humana. São reconhecidos pela doutrina, pela jurisprudência e pelo ordenamento jurídico. São atributos do homem, de forma que intrinsecamente são de sua propriedade, por si só.

Logo, não há um tema de maior relevância no direito privado que o valor fundamental da personalidade. Esta manifesta a faculdade de a pessoa ser sujeito de direito, evidenciando-se ser um atributo inerente do homem sem qualquer preenchimento de requisitos, nem de vontade ou de conhecimento.

Podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à dignidade. Seguindo esse sentido, os direitos da personalidade são subjetivos e, em especial, defendem a identidade, a liberdade, a sociabilidade, reputação, honra, entre outros direitos da pessoa. De forma que a primordial função dos Direitos da Personalidade é garantir a dignidade e fazer cumprir o anseio realizador da pessoa, como dita a ordem constitucional trazida pela Carta Magna de 1988.

Assim sendo, consoante caracteriza Maria Helena Diniz, “tem-se que eles são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e expropriáveis” (DINIZ, p. 126), de maneira que não podem sofrer limitações voluntárias e são garantidos como Direitos Fundamentais, tutelados e protegidos pela Constituição Federal e Código Civil.

A Doutora em Direito Civil, acima citada, completa os atributos sobre os Direitos da Personalidade definindo-os como uma qualidade una e permanente do indivíduo, na qual se configura em um conjunto que constitui prévia de todos os direitos e deveres.

Todos os Direitos da Personalidade são tutelados em cláusula pétreia constitucional, de feição que não se extinguem pelo seu não uso, nem seria possível impor prazos para sua aquisição ou defesa. Assim sendo, tem-se que a proteção aos Direitos da Personalidade dá-se de várias formas e em vários ramos do Direito. Nessa convicção, dispõe o artigo 5º, inciso X da Constituição da República de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Na mesma acepção, o Código Civil de 2002, em seu artigo 12, *caput*, assente que o ofendido poderá reclamar perdas e danos quando sofrer ameaça ou lesão a qualquer de seus direitos da personalidade, sem que tal ação prejudique outras sanções previstas em lei.

Os direitos de personalidade não se limitam às pessoas físicas, mas vale suscitar que, em regra, as pessoas jurídicas não têm direito à reparação de danos morais subjetivos, uma vez que não são possuidoras de sentimentos. No entanto, as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral objetivo, pois estão sujeitas aos danos causados pelo desrespeito a seu nome, sua imagem, confiança e qualquer outro atributo que tenham perante a sociedade.

Assim, observa-se que a proteção ao Direito da Personalidade atinge tanto o lesado direto, ou seja, a vítima, ou o lesado indireto, que seja aquele que de alguma forma foi atingido pela lesão à infração e desrespeito de um Direito Objetivo.

Analisando pormenorizadamente os preceitos dos Direitos da Personalidade, quando se trata dos debates sobre sua proteção, no Direito Público ou Privado, a pessoa é o centro do ordenamento jurídico, em sua razão de ser; dessa forma, devem-se amparar os valores considerados importantes pela sociedade como seus pilares.

O importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental. Começa pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que a pessoa é, do que sente, percebe, pensa e age. Em seguida, dar-se-á proteção ao nome, nele estão compreendidos o prenome e o sobrenome. Assim sendo, não é admissível o emprego por outrem do nome da pessoa em publicações ou representações sem autorização, mesmo que não haja intenção difamatória. É o mesmo motivo pelo qual o prenome deve corresponder ao corpo que lhe diz respeito, de forma que um homem com corpo de mulher, ou vice-versa, deseja o nome que corresponde ao seu eu interior, para que não seja exposto ao desprezo público.

Em suma, o que se espera sobre todos os debates relacionados à proteção dos direitos da personalidade, na existência de um direito geral ou de direitos em espécie, estes restam superados sobre ser a pessoa o centro do ordenamento jurídico brasileiro, em sua razão de ser. Enfim, nada mais lógico que sejam protegidos de forma ampla e irrestrita, em conformidade com o texto constitucional, voltando-se para a proteção do real fundamento do direito: o homem.

Na atual Carta Magna, homens e mulheres são iguais em deveres e obrigações; ao fazê-lo, não diz ter partido da noção genética, permitindo, assim, uma leitura ampliada dos Direitos da Personalidade. Não obstante, dessa forma eleva a pessoa à condição de preâmbulo do sistema.

Chamada de Constituição Cidadã, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, coroa disposições protetivas que irradiam múltiplas direções visando à proteção contra os abusos e a opressão estatal nos mais variados planos.

Por fim, constata-se que os Direitos Personalíssimos são extremamente importantes, pois é a partir deles que a pessoa se realiza, sendo a inclinação para a titularidade de direitos e deveres.

Considerar os Direitos da Personalidade nos casos da transexualidade impele a raciocinar que, mesmo a jurisprudência tendo avançado na direção do respeito à racionalidade e à autoria dos indivíduos, na busca de uma suposta preservação da ordem, na prática ainda há limitações.

3 Da transexualidade

Para adentrar na noção de transexualidade, primeiro é preciso entender o conceito de sexo. Entende-se biologicamente que é um conjunto de características do indivíduo que o distinguem fisicamente como homem ou mulher.

Guilherme Oswaldo Arbenz ensina que o conceito de sexo não pode ser expresso apenas em termos morfológicos e funcionais, uma vez que na definição de sexo normal intervêm vários fatores, dos quais o primeiro é o genético. O fenótipo sexual, no entanto, depende de certos hormônios responsáveis pelos referidos aspectos morfológicos e funcionais. (ARBENZ, 1988, p. 409, *apud* BORGES, s/d, p. 265).

Os temas sexo e sexualidade ganharam força para serem discutidos no Brasil na década de 1960 (RIBAS; SEVERO, 2016), no qual as teorias feministas queriam entender o questionamento: o que é ser mulher? Por que as mulheres são tão oprimidas sexualmente em relação aos homens? Era preciso identificar as diferenças presentes no binômio feminino/masculino para indagar a igualdade de tratamento entre os dois.

Esses estudos possibilitaram discussões plurais a respeito das relações entre sexo, gênero e sexualidade e ensejaram dúvidas sobre o que seria identidade.

Socialmente as pessoas são identificadas enquanto homem e mulher. Com tal estrutura sexual binária definida, símbolos e padrões são incorporados e exige-se que sejam seguidos de forma a pertencer ao grupo social aceitável. O corpo, então, se torna sujeito à adjetivação, vinculando-se a uma propriedade dual, reduzido ao que é julgado apropriado.

Na atual perspectiva vivenciada, resta claro que a convicção de sexo não pode mais ser formulada sem um somatório de critérios. Em outros termos, sexo é a resultante de um equilíbrio de diferentes fatores que concorrem entre si no plano físico, psicológico e social.

Uma das várias manifestações de sexualidade humana existente no mundo é a transexualidade. Os transexuais se consideram membros do sexo oposto, mas que estão presos à genitália errada, o qual quer afluente erradicar. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico feminino. O transexual feminino, evidentemente, o contrário.

Tem-se, então, que o transexual sofre com a não aceitação de sua genitália anatômica e sua identidade psíquica e social é antagônica. Os transexuais só podem ser assim caracterizados após serem diagnosticados com o transtorno de identidade de gênero por psicólogos.

A doutrina classifica o transexual em primário e secundário. Primário, quando as manifestações da identificação são prematuras, e secundário quando essas manifestações são tardias, não permanentes e oscilam entre o homossexualismo e o travestismo. Importante frisar que o homossexual tem uma perfeita identificação de gênero, mas sua escolha em relação ao parceiro sexual é voltada para o mesmo sexo. Já o travesti, embora também tenha perfeita identificação de gênero, aceitando o sexo biológico ao qual pertence, é estimulado sexualmente a se vestir como o sexo oposto, fato que o excita.

A maioria da população não consegue ver diferenciação entre travestis e transexuais, o que leva muita gente a acreditar que se trata da mesma coisa. Mas, diferentemente dos homossexuais e travestis, o transexual recusa totalmente seu gênero biológico e, como diagnostica Edvaldo Sousa Couto, professor da Universidade Federal da Bahia e conselheiro do Grupo Gay da Bahia (GGB), o transexual não é *biologicamente portador de nenhuma anomalia física, como hermafroditismo*. (COUTO, 1999, *apud* VIEIRA, s/d).

Desse modo, sublinha-se que o transexual é aquele que se encontra em constante insatisfação com o sexo biológico. Com essa repugnância, procura não manter contato com suas partes íntimas, como também não busca ter vida sexual ativa. A psicóloga Regina Teixeira (*apud* BORGES, s/d) salienta que os transexuais possuem grande dificuldade de viver em sociedade, uma vez que as angústias de sua não

aceitação permeiam sua existência. É sabido que os transtornos que sofrem o transexual não podem ser tratados apenas com orientação psicológica, uma vez que o desejo de possuir um corpo que não é seu vai além do desconforto anatômico natural.

De acordo com a Medicina e também no Direito, o fenômeno do transexual é definido como um tipo de transtorno psíquico; de acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID) e com a Organização Mundial de saúde (OMS), em sua seção F64.0, é chamado de transtorno de identidade de gênero (CARDIM; BENVENUTO, s/d)

Nesse sentido, o indivíduo possui um “sentimento profundo de pertencer ao sexo oposto e a vontade extremada de reversão sexual” (SZANIAWSKI, 1999, p. 53, *apud* CARDIM, s/d).

Conclui-se, então, de forma sintetizada, que a transexualidade está além de uma escolha de ser. O indivíduo não opta por destonar os padrões morais tidos como aceitos pela sociedade. Ele apenas nasce psicologicamente se identificando ser biologicamente pertencente ao sexo oposto.

3.1 Possibilidade de adequação do sexo ao registro civil

Quando se trata de direitos da personalidade dos transexuais, o sistema jurídico brasileiro vagarosamente reconhece e positiva temas referentes às minorias, como direitos sexuais e de gênero; essas demandas ganharam maior força a partir dos anos 60/70 com o crescimento da visibilidade de grupos homossexuais, travestis e transexuais. (RIBAS; SEVERO, 2016).

A partir de 1997, o Conselho Federal de Medicina autorizou e regulamentou as cirurgias de readequação sexual, através da Resolução nº 1.482, mas apenas em hospitais universitários ou públicos e desde que destinada à pesquisa. Em seguida, veio a Resolução nº 1.652 de 2002, que também tratou do tema, de forma a autorizar a cirurgia de transgenitalismo do fenótipo masculino para o feminino em hospitais públicos ou privados, independentemente de ser ou não destinada à pesquisa, mas a readequação do fenótipo feminino para o masculino continuou sendo privativa em hospitais universitários ou públicos e com intuito científico.

A partir de 2010, com a Resolução 1.955, que atualmente está em vigor, o tratamento do transgenitalismo pode ser realizado por todos aqueles que se sentem desconfortáveis com seu corpo, em qualquer hospital, inclusive pelo Sistema Único de Saúde (SUS), desde que cumpridas às formalidades previstas legalmente, como ser maior de 21 anos e dar consentimento livre e esclarecido. Logo, por meio de um ato cirúrgico, pode o transgênico ter redesignado o seu sexo biológico ao seu gênero, harmonizando assim a sua identidade sexual.

A grande hipérbole encontra-se justamente no fator relativo à identidade, que, na prática, não é naturalmente assegurada; mesmo com a redesignação sexual, o transgênico tem que entrar judicialmente para ter adequado o seu nome civil, realidade atual. É necessário um “conserto” do novo prenome para condisser com a genitália.

É fato que o nome é espécie dos direitos da personalidade e integra-se no gênero da integridade moral. Na prática, sua principal importância está no fato de ser através do nome a identificação da pessoa e também a maneira de a distinguir das

demais, tanto nas relações pessoais quanto nas relações jurídicas. Já o registro civil nada mais é que a formalização desse direito personalíssimo. Os direitos ao nome e ao sobrenome estão previstos no artigo 16 do Código Civil e buscam definir a identidade pessoal, que é conferida a toda e qualquer pessoa.

A Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73, artigo 58) diz que o prenome é definitivo e só poderá ser alterado quando expuser ao ridículo o seu portador, sendo admitida à alteração somente a pedido do interessado, contanto que não prejudique o sobrenome da família (Lei nº 6.015/73, artigo 56). Observando a legislação supracitada, na temática do transexualismo, tem-se que “o fato de um transexual querer mudar o seu nome nada mais é do que a concretização do seu direito à dignidade, e a mudança do seu gênero reflete o seu direito fundamental à identidade de gênero.”¹

Com isso, pode-se afirmar, então, que a mudança no registro civil do transgênico faz um papel importante na efetivação de seus direitos personalíssimos, pois é legítimo o interesse em querer acondicionar a índole feminina ou masculina do prenome à sua aparência.

A questão aqui é que o prenome que foi dado ao transexual o expõe a depreciação em diversas situações, uma vez que sua aparência já não é mais a mesma do gênero que condiz em seus documentos.

Um caso atual é de uma transexual que teve suas fotos e ficha de alistamento no Serviço Militar Obrigatório, com todos os seus dados pessoais, postadas na internet, de forma que sua sexualidade sofresse diversas ofensas e ridicularização.²

Há precedentes nos tribunais que permitiram a mudança não somente do prenome no registro civil, mas também do gênero sexual. Recentemente, no dia 09 de maio de 2017, a 4ª Tuma do Supremo Tribunal de Justiça decidiu que pessoas transexuais que não se submeteram à cirurgia transgenital também têm o direito de mudar o sexo no registro.

DECISÃO. Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. O entendimento foi firmado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao acolher pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar identificação social como mulher. Para o colegiado, o direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico.³

1 Fragmento retirado da ADIN 4.275/2009. Disponível em:

http://www.abglt.org.br/docs/ADI_4275.pdf. Acesso em: 20 jul. 2014.

2 ARAÚJO, Glauco. Adolescente transgênera tem fotos e ficha de alistamento postadas na web. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/09/adolescente-transgenera-tem-fotos-e-ficha-de-alistamento-postados-na-web.html>.

3 Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. Data da Decisão: 09/05/2017. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 18 set. 2017.

Mas não são todos que conseguem sentenças favoráveis, pois, contradizendo o artigo 17 do Código Civil, o artigo 1.604 pondera que “Ninguém pode vindicar estado contrário que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Esse é o fundamento que leva a Justiça, por diversas vezes, a indeferir o pedido de retificação.

Para o STJ, a identidade psicossocial prevalece, e a intervenção médica nos órgãos sexuais não pode ser um requisito para a alteração de gênero em documentos, visto que pode ser inviável do ponto de vista financeiro, mas que deve levar em conta aspectos físicos psicológicos.

O caso analisado é de uma transexual que, desde a infância, se comporta e se identifica como mulher. No processo, a autora da ação alegou sofrer constrangimento quando precisa se identificar no comércio ou quando tem o nome chamado em uma fila. Afirmou ainda que, apesar de não ter se submetido à operação de transgenitalização, realizou intervenções hormonais e cirúrgicas para adequar sua aparência física à realidade psíquica, o que gerou dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do assentamento civil.

Antes de chegar ao STJ, o caso tramitou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). O TJ permitiu a mudança no nome do transexual, mas negou a alteração do gênero no registro civil de masculino para feminino, o que provocou o recurso da autora à Corte Maior.

Em seu voto, o relator da Ação, ministro Luís Felipe Salomão, argumentou que o Estado não pode impor restrições contra a “dignidade da pessoa humana” ao obrigar a realização da cirurgia para mudar o documento. Em suas palavras, tal imposição, na visão do magistrado, “configura claramente indevida intromissão estatal na liberdade de autodeterminação da identidade de gênero alheia”.

Em seguida, o julgamento foi interrompido por um pedido de vista do ministro Raul Araújo, que pediu mais tempo para refletir sobre o caso. Ainda não há data para a retomada do julgamento, que também depende dos votos dos ministros Isabel Gallotti, Marco Buzzi e Antônio Carlos Ferreira, demais integrantes da Quarta Turma do STJ.

A decisão final do STJ não irá obrigar outros tribunais a decidirem da mesma maneira, mas servirá de parâmetro para casos semelhantes nas instâncias inferiores.

Resta claro que, na atual legitimidade do Estado Democrático de Direito, reconhecer e respeitar é dever fazer cumprir todos os direitos dos seus cidadãos, inclusive, o direito a uma nova identidade é a base de uma sociedade digna. O transexual deseja ver o seu direito à dignidade e à opção sexual ser respeitado. Não se pode expor alguém ao ridículo, seja no nome do Registro Civil, apenas pelo simples motivo de condizer com a verdade.

Sob um prisma crítico, surge a necessidade de, em uma sociedade complexa e tão diversificada quanto à brasileira, entender que o transexual tem o direito de se autodeterminar, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana que impõe proteção ao ser humano concretamente considerado.

4 STF e a transexualidade

Por três vezes o tema *transexualidade* chegou ao conhecimento dos Supremos Tribunais do país - Resp. 678933/RS, REsp. 737993/MG e REExt. 1008398/SP - nos quais se julgou precedente a alteração do sexo e do prenome na certidão de nascimento.

O primeiro Recurso Especial foi julgado em 22 de março de 2007, no qual o recorrido requeria a troca de seu registro civil após passar por uma cirurgia de readequação sexual. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. O recurso especial foi conhecido e provido. O Tribunal deferiu ainda que a alteração corresse em segredo de justiça, vendando qualquer certidão referente à situação anterior.

Já o segundo Recurso veio abranger ainda mais a questão do transexualismo. A Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que, no caso, o transexual operado, conforme laudo médico anexado aos autos, convicto de pertencer ao sexo feminino, portando-se e vestindo-se como tal, fica exposto a situações vexatórias ao ser chamado em público pelo nome masculino, visto que a intervenção cirúrgica, por si só, não é capaz de evitar constrangimentos. No dia 10 de novembro de 2009, o Tribunal concedeu a pretendido nome feminino, considerando como um dos direitos da personalidade.

O terceiro Recurso é da categoria Extraordinário – seu estudo será aprofundado posteriormente – e ainda não foi totalmente julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Começou em 19 de novembro de 2015 e discute o direito de pessoas transexuais usarem banheiros públicos de acordo com a identidade sexual com a qual se identifica e não em razão da genitália. É a primeira ação sobre o tema dos direitos transexuais a chegar ao STF que, em 2011, reconheceu de forma unânime o direito a união homoafetiva e abriu portas para que o Conselho Nacional de Justiça assentisse o casamento dois anos depois.

Ainda assim, a discussão acerca do tratamento jurídico da transexualidade é tímida na sociedade brasileira. A visibilidade deste debate possui uma conotação obscura pelas bancadas um pouco mais conservadoras do Congresso. Ocorre que a proteção e a legitimidade dos transexuais não são debates entre ideologias de esquerda e direita: é, em toda sua complexibilidade, um pleito sobre dignidade e igualdade material de tratamento e reconhecimento.

4.1 Do recurso extraordinário 845.779/sc: à problemática do banheiro

O debate jurídico que se promove a respeito do uso de banheiros abertos ao público por transexuais femininas abrange tanto questões políticas e teóricas, como questões constitucionais e poéticas e até mesmo questões filosóficas sobre a genética e a temática do binarismo. A problemática que se atribui às pessoas *trans* vai além da desordem psíquica da autodeterminação biológica, atinge toda uma sociedade ao redor, sendo as pessoas coniventes ou não com o transexualismo.

No dia 19 de novembro de 2015, teve início o julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779 de Santa Catarina, que aborda o direito dos transexuais serem reconhecidos e tratados pelo gênero de sua autoidentificação, independentemente daquele atribuído ao nascer. Essa é a primeira ação a chegar ao Tribunal Superior Federal, que trata em especial no tocante ao uso de banheiros públicos.

O caso se refere a um suposto ato discriminatório ocorrido contra uma mulher trans em um shopping center, que, ao adentrar um banheiro feminino, teve sua presença barrada, sendo constrangida e retirada pelos seguranças do local, que alegaram que sua entrada seria constrangedora para as outras mulheres presentes. Diante do nervosismo e impedida de usar o banheiro, acabou por aliviar-se em suas vestes diante das pessoas que ali transitavam.

A autora, abalada com o episódio, entrou com uma ação de danos morais contra o shopping; o juiz em primeira instância acolheu e conferiu uma indenização no valor de quinze mil reais. O shopping, entretanto, recorreu à segunda instância, e o Tribunal Colegiado entendeu que a indenização não era devida, argumentando que não teria ocorrido dano moral, e sim “um mero dissabor”. Inconformada, a autora recorreu e o caso chegou ao STF.

Importante notar que o Tribunal de segunda instância ainda negou o seguimento do Recurso Extraordinário, sob o entendimento de que discutiria questões fático-probatórias, entretanto, este teve seu cabimento e repercussão geral reconhecidos pela Corte Maior por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. A decisão atingirá no mínimo 778 processos semelhantes, que foram suspensos aguardando o julgamento em questão.

A apreciação do caso começou com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi o relator e responsável por apresentá-lo ao fórum.

O executor trouxe argumentos favoráveis ao contexto fático e à mulher transexual. Em suas palavras, destacou amplamente os direitos das pessoas trans, “Atualmente, a transexualidade é considerada uma patologia, mas é preciso olhar o problema dos transexuais sob a perspectiva do direito ao reconhecimento”.

Em seguida, destacou com grande relevância a dignidade como autonomia e o direito de ser quem se é, dando um viés ao plano filosófico e social:

A dignidade como autonomia, no plano filosófico, assegura o livre-arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem as suas escolhas existenciais e desenvolverem a sua personalidade. Cada indivíduo tem o direito de buscar, à sua maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Viver segundo seus próprios valores, interesses e desejos.⁴

Completo seu pronunciamento afirmando a situação de especial marginalização e estigmatização social e o papel primordial que tem o judiciário na garantia dos direitos fundamentais das minorias.

⁴ RE 845779 RG, Relator: Min. ROBERTO BARROSO – V.01, p. 08.

Para Luís Roberto Barroso, vivemos em um mundo contemporâneo, ao qual a igualdade se expressa em três dimensões que devem se completar: a *igualdade formal*, que funciona como uma proteção contra a existência de certos privilégios e tratamentos discriminatórios; a *igualdade material*, que trata da redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e por último têm-se a *igualdade como reconhecimento*, que abrange o respeito às minorias e sua identidade e diferenças, raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

Em suas palavras, evidencia que “o remédio contra a discriminação e o preconceito envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença”. Vale destacar que a incompreensão, o desconhecimento e o preconceito são convenientes para a explanação à intolerância contra os transexuais, que sofrem marginalização e estagnação durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social.

Em seu discurso, o Relator narra o caso de Alex, que ainda bem novo não se reconhecia como menino, gostava de atividades culturalmente atreladas ao gênero feminino, como tarefas domésticas e dança do ventre. Ele se recusava a cortar o cabelo para ir para escola. Alegando que o filho era “afeminado”, seu pai o espancou durante duas horas, chegando a perfurar o fígado da criança, que faleceu antes de chegar ao hospital. Completa a história com a trágica informação de que apenas, em 2013 e 2014, há registro de pelo menos outras quatro crianças *trans* mortas em suas casas ou bairros, pelo simples fato de não identificarem seu psicológico com seu órgão reprodutor.

Do ponto de vista do Ministro, há pelo menos três fundamentos jurídicos que justificam conferir aos transexuais o direito de serem tratados socialmente de acordo com sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros populares. São eles: 1) *direito à igualdade*: à dignidade é um valor intrínseco, sendo um consenso ético universal. Está ligado diretamente à natureza do ser. Negar esse direito a uma pessoa por não se enquadrar aos padrões sociais seria, no mínimo, uma ofensa à Constituição Federal e tudo o que ela representa. 2) *direito de ser quem se é*: quando se analisa situações que envolvam sexualidade, gênero e sexo, de uma maneira geral, não se trata de escolher. Ninguém escolhe ser diferente e com isso acarretar diversas hostilidades negativas. Não respeitar essas diferenças é não respeitar a natureza, ou os desígnios da vida. 3) *Princípio democrático e proteção às minorias*: a democracia busca proteger o direito de todos, inclusive e, sobretudo, das minorias. É fato que a aceitação social a identidades de gêneros que fogem do padrão culturalmente aceito gere estranheza, afinal o debate sobre transexualismo passou a ser discutido abertamente há relativamente pouco tempo, mas a solução não está onde as maiorias podem tudo. A questão é preservar os direitos fundamentais para que não sejam esmagados pelos segmentos majoritários.

Em seguida o Ministro Luiz Edson Fachin proferiu seu voto também a favor, em que situou a afirmação um tanto quanto auspiciosa em colocar que “não se deve heretossexualizar a homossexualidade”.

Fachin deu destaque aos dados fornecidos pelos *amici curiae*⁵, no qual o Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo, apontando que, de maneira absoluta, no período de janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países monitorados, o Brasil teve o maior número de mortes, com o total de 689 homicídios. Essa cifra corresponde a 51% dos 1.356 casos registrados em toda a América Latina. A diferença é gritante quando se fala de mortes violentas. O país possui uma diferença de 100 casos a mais para o segundo colocado do continente. De janeiro de 2013 a março de 2014, foram computadas 240 mortes com alto teor agressivo.

Mais adiante em seu voto o jurista trouxe que não é sustentável impedir mulheres transexuais de utilizarem banheiros públicos femininos pelo simples fato de causarem desconforto ou insegurança as demais usuárias. Em razão de cláusulas matérias e dos direitos constitucionais defendidos, tem-se que os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto.

O ministro, além de defender os direitos das pessoas trans, ainda votou em favor do aumento do valor da condenação para cinquenta mil reais, a fim de corrigir as informações denigrantes do processo, no qual constava apenas o nome de registro da autora, e não seu nome social, como assim deveria ser.

Em dados atualizados (BRITO, 2016), o Brasil continua como país recorde no quesito matança de transexuais e travestis, com um total de 347 mortes em 2016, segundo levantamento do Grupo Gay da Bahia (GGB) – a mais antiga associação de defesa dos homossexuais e transexuais do Brasil. A pesquisa teve início há 37 anos e aponta uma diferença 29 mortes a mais de 2015 para 2016, o maior número já registrado.

O relatório é feito com base em notícias e informações que chagam ao conhecimento do grupo. O Estado de São Paulo lidera a lista, com 49 mortes no total e Minas Gerais encontra-se no quinto lugar, com 21 homicídios. De acordo a pesquisa, as pessoas trans são as mais vitimizadas. O risco de elas serem assassinadas é 14 vezes maior em relação a gays.

Com o andamento do processo, nem todos os ministros se mostraram favoráveis à autora. Lewandowski e Marco Aurélio, que fazem parte da ala mais conservadora da Corte, mesmo sem ainda terem votado, deixaram claro que a decisão não seria unânime.

Marco Aurélio, com o poder da palavra, suscitou a discussão sobre a “aparência da mulher”, insinuando que, se parecesse mais feminina, dificilmente teria sido incomodada. Indagou ainda o fato de constar no processo o nome de registro masculino da autora, persuadindo que ela não haveria feito a cirurgia de resignação de sexo e que o relato do ocorrido dificilmente seria verdade, insinuando em vários momentos que talvez a autora não fosse uma mulher transexual. O ministro manifestou-se no sentido da inadequação do instituto da repercussão geral, mas seu voto ainda não foi computado para fins da sentença final.

⁵ RE 845779 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN – V.01, p. 03.

Um ponto de grande importância levantada pelo ministro Lewandowski foi o modo como a decisão da Suprema Corte colocaria em risco as mulheres e as crianças que frequentam o banheiro feminino, ponderando que o STF deveria ser preocupar também com os direitos à intimidade e à privacidade dessas pessoas. Destacou ainda o argumento do dever de proteger as crianças de pedofilia e as mulheres de “homens com roupa de mulher e más intenções”, embora essa alegação foi tão apelativa quanto eficiente.

Após o voto do ministro Fachin, o ministro Luiz Fux pediu vistas dos autos, requerendo que o julgamento fosse finalizado em momento posterior, de forma há ter mais tempo para estudar o caso e elaborar seu voto. A justificativa principal foi ter a necessidade de “se ouvir à sociedade” diante de um “desacordo moral razoável”, tendo sido aconselhado pelo ministro relator do Recurso, Luis Roberto Barroso, a levar em consideração a reflexão que os direitos fundamentais dos grupos minoritários não poderiam ficar à posição das majorias. Mesmo que muitas discussões tenham tomada visibilidade, apenas dois ministros votaram. O julgamento até o momento continua suspenso.

4.2 Desafios enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal

Resta claro que o tema abrange muito mais que a identificação de gênero. Relacionado ao julgamento, o plenário do Supremo encontra inúmeros desafios: de maneira geral, discutir sobre ser ou não violação constitucional ao direito da dignidade da pessoa humana e, de maneira específica, entender ou não o direito dos transexuais frequentarem banheiros públicos de acordo com sua autoidentificação.

No plano discursivo, a maior preocupação é conseguir um tratamento digno aos transexuais, reconhecendo e respeitando todos aqueles que a decisão afetará diretamente. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, em seus votos e sustentações orais, deverão levar em consideração a forma como o direito se apresenta como instrumento de planejamento social, a fim de garantir uma igualdade recíproca a grupos tão estigmatizados.

Com a retomada do julgamento, a Corte Maior deverá buscar responder questões como: todos os transexuais serão contemplados com a decisão da ação? Pode o Estado tratar um cidadão de forma diferente daquela com a qual se identifica? Até onde essa escolha ferirá o direito à privacidade das outras pessoas que utilizam esse banheiro? Afinal, qual banheiro deve usar alguém que tem pênis mas está vestido de mulher?

Ao se olhar pelo lado sensível da situação, deve-se conscientizar que: não permitir que a mulher transexual use o banheiro feminino é supor arbitrariamente que ela vá fazer algo errado no recinto, e, por lógico, contrariar a presunção da boa-fé, princípio que move o Direito. Além do mais, fortalece o preconceito transfóbico, que viola também a proibição constitucional a preconceitos e legítima a discriminação. Pedir que mulheres trans frequentem banheiros masculinos é dar uma maior abertura para que elas sejam agredidas, senão algo pior.

Se o Judiciário já entendeu por superar a retificação do prenome na certidão de nascimento mesmo sem o ato cirúrgico, como não entender a performance social do

gênero feminino e do gênero masculino? Com um avanço lento do Poder Legislativo em uma sociedade que se modifica a cada dia, a proteção à pessoa muitas vezes não passa de um papel simbólico. O campo judicial é um importante espaço de lutas políticas na busca de garantias de direitos, mas não deve jamais ser visto como a única esperança, já que pode haver falhas.

5 Considerações finais

Por fim, constata-se que a sociedade contemporânea vive constantes transformações que refletem em suas mais diversas esferas. Atento nas mudanças de valores no meio social, o mundo jurídico deve evoluir na busca da consolidação dos direitos humanos e proteção da pessoa.

A base constitucional não é novidade, e os direitos personalíssimos são como amparo para cada indivíduo, ou seja, todas as pessoas, independentemente de sua escolha sexual, são portadoras desse direito subjetivo. Diante de uma sociedade que caminha em um contexto de interdisciplinaridade, o direito tem a função de harmonizar a dignidade, a garantia dos direitos individuais, a tutela dos direitos da personalidade, assim como o respeito, acima de tudo, às minorias e suas particularidades.

Em função do exposto, nota-se que a realidade do transexual não é fácil. Nascer e crescer com um corpo com o qual não se identifica, mesmo sendo uma pessoa biologicamente normal, acarreta angústias e tormentos. Sob um prisma crítico, surge a necessidade de compor uma legislação específica que respalde o direito de se autodeterminar e que garanta as conquistas adquiridas sob todo o teor histórico dessas classes.

Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal enfrentará um tema de profunda complexidade: decidir até onde um direito pode ultrapassar o outro. Mas é fato que a arena judicial é o espaço adequado para as lutas políticas e a defesa de direitos. A capacidade de o STF tutelar questões desconfortáveis e lidar com temas pouco aceitos, como transexuais e banheiros, não deve ser ilusória e, sim, uma questão de reconhecimento e evolução para o direito brasileiro.

Conclui-se então que reiterar o direito dos transexuais frequentar o sanitário de acordo com o gênero de autoidentificação é um tanto quanto mínimo se observadas as premissas constitucionais e a função do Judiciário de ser o guardião daqueles que mais sofrem com a sua própria diversificação. Nas palavras do ilustríssimo Ministro Luís Roberto Barroso, “Os transexuais têm o direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”⁶.

⁶ RE 845779 RG, Relator: Min. ROBERTO BARROSO – V.2, 24, p. 11

Referências

ABC, Rede Televisiva Americana – **Programa 20/20: My Secret Self**. Disponível em <http://transasdocorpo.org.br/index.php/multimedia/meu-eu-secreto-documentario/>. Acesso em: 16 março 2017.

AGÊNCIA BRASIL. **STJ decide que transexual pode alterar gênero na carteira de identidade**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/stj-decide-que-transexual-pode-alterar-genero-na-carteira-de>. Acesso em: 19 set. 2017.

ALMEIDA, Milene Piovenzan de. **Transexualismo: possibilidade e limites jurídicos de uma nova identidade**. Disponível em <https://milenapiovezan.jusbrasil.com.br/artigos/113501120/transexualismo-possibilidade-e-limites-juridicos-de-uma-nova-identidade-sexual>. Acesso em: 29 março 2017.

ARISTON, Paula A. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. São Paulo: Renovar, 2001.

ALYER, F; BOTTREL, F. Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/dandara/2017/03/09/noticia-especial-dandara,852965/brasil-e-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais.shtml>. Acesso em: 19 ago. 17.

BARROSO, C. R. **Voto STF – RE 845.779/SC**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/transexuais-re-845779-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 03 abril 2017.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Os direitos humanos e o transexualismo**. 275 folhas. Tese (Mestrado). Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Faculdade Estadual do Norte Pioneiro – UNESPAR, Campus de Jacarezinho.

BRITO, Débora. **Número de homicídios de pessoas LGTB pode ser recorde em 2016**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/numero-de-homicidios-de-pessoas-lgtb-pode-ser-recorde-em-2016>. Acesso em: 19 ago. 17.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Transexuais e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UNICEUB, vol. 6, nº 03, dez. 2016.

CARDIM, Valéria Silva Galdinho; BENVENUTO, Fernanda Moreira. **Do Reconhecimento dos Direitos dos Transexuais como um dos Direitos da**

Personalidade. 135 folhas. Monografia (Pós-doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

CARDINALI, Daniel. **O STF e os direitos dos transexuais:** alguns comentários sobre a “polêmica do banheiro”. Disponível em:

<http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/11/20/o-stf-e-os-direitos-transexuais-comentarios-polemica-do-banheiro/>. Acesso em 03/04/17.

CARDOSO, Patrícia Pires. **O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo.** Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2623. Acesso em: 29 março 2017.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo:** capítulo III. São Paulo: Saraiva, 1986.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para Normalização de Trabalhos Acadêmicos.** 4. ed., Patos de Minas, 2011.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral do Direito Civil. vol. 1, 32. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

ERBERT, Erika. **O direito da personalidade negado aos transexuais.** Disponível em: <https://erikaerbert.jusbrasil.com.br/artigos/252351445/o-direito-de-personalidade-negado-aos-transexuais>. Acesso em 29 março 2017.

FACHIN, Ministro Edson. **Voto STF – RE 845.779/SC.** Disponível em

<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE-845779-%20VOTO%20MIN%20%20Edson%20Fachin.pdf>. Acesso em: 3 abril 2017.

GGN – O JORNAL DE TODOS OS BRASIS. **Transexualidade e a questão do terceiro banheiro.** Disponível em: <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/transexualidade-e-a-questao-do-terceiro-banheiro>. Acesso em: 29 março 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. vol. 1.

G1 BRASÍLIA. **STJ decide que transexual pode mudar sexo no RG mesmo sem cirurgia.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/stj-decide-que-transexual-pode-mudar-sexo-no-rg-mesmo-sem-cirurgia.ghtml>. Acesso em: 19 set. 2017.

JUS BR – Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304438>. Acesso em: 03 abril 2017.

JUSTIFICANDO: MENTES INQUIETAS PENSAM DIREITO. **Transexuais podem alterar o registro ainda que não haja cirurgia, decide STJ.** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/10/transexuais-podem0alterar-nome-no-registro-ainda-que-nao-haja-cirurgia-decide-stj/>. Acesso em: 19 set. 2017.

LOTTI, Paulo. **Começa julgamento do STF sobre direitos das pessoas trans.** Disponível em: <https://pauloriv71.wordpress.com/2015/11/20/comeca-julgamento-do-stf-sobre-direito9s-das-pessoas-trans/>. Acesso em: 29 março 2017.

MAIA, Liza Barbosa. **Mudança no registro civil do transexual.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI232896,71043-Mudancas+no+registro+civil+do+transexual>. Acesso em: 29 março 2017.

RIBAS, Juliana; SEVERO, Anaise. **Direito, identidade de gênero e inclusão: a transexualidade no Supremo Tribunal Federal.** 15 folhas. Trabalho Científico (II Mostra Nacional de Trabalhos Científicos). UNISC, Universidade Santa Cruz do Sul, 2016 – UNISC.

ROSSI, Marina; NOVAIS, Marina. **Os direitos básicos aos quais os transexuais não têm acesso.** Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/28/politica/1440778259_469516.html. Acesso em: 29 março 2017.

SÁ, Giulianna. **A transexualidade e o direito à identidade e dignidade sexual.** Disponível em: <https://giulisa.jusbrasil.com.br/artigos/186912015/a-transexualidade-e-o-direito-a-identidade-e-dignidade-sexual>. Acesso em: 3 abril 2017.

SCHEIBE, Elisa. **Direitos de personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural.** 193 folhas. Tese (Mestrado) – Unisinos Ciência Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

STAMATIS, Carolina Dias Lopes. **Transexualismo e as relações jurídicas.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7802/Transexualismo-e-as-relacoes-juridicas>. Acesso em: 29 março 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pedido de vista suspende julgamento que discute tratamento social dos transexuais.** Disponível em: http://www.lex.com.br/noticia_27044379_PEDIDO_DE_VISTA_SUSPENDE_JULGAMENTO_QUE_DISCUTE_TRATAMENTO_SOCIAL_DOS_TRANSEXUAIS.aspx. Acesso em: 29 março 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leandro Macedo. **Os direitos humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação.** Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15922&revista_caderno=7. Acesso em: 29 março 2017.

VIEIRA, Beatriz Meneses Frambach. **Os direitos da personalidade em face dos transexuais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15922&revista_caderno=7. Acesso em: 29 março 2017.

A coerência e a integridade como respostas à discricionariedade judicial

Coherence and integrity as responses to judicial discretion

Monalisa Abadia Oliveira Álvaro

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: monalizabonfim@hotmail.com

Resumo: Este trabalho tem como objetivo abordar as decisões judiciais na discussão teórica de Ronald Dworkin e do doutrinador Herbert L. A. Hart, tendo como enfoque principal a discricionariedade judicial em contrapartida à proposta dworkiniana da integridade do Direito e à adoção de valores constitucionais e democráticos pelo Código de Processo Civil vigente. Assim, a análise da pesquisa se baseará nas críticas ao decisionismo judicial por estudiosos processualistas, bem como a apresentação da proposta da coerência e integridade como formas limitadoras dos provimentos judiciais conforme a consciência dos magistrados.

Palavras-chave: Integridade. Coerência. Discricionariedade. Dworkin.

Abstract: This paper aims to approach judicial decisions in the theoretical discussion of Ronald Dworkin and the indoctrinator Herbert L. A. Hart, focusing on judicial discretion as opposed to the Dworkinian proposal for the integrity of law and the adoption of constitutional and democratic values by the current Civil Procedure Code. Thus, the analysis of the research will be based on the criticism of judicial decisionism by procedural scholars, as well as the presentation of the proposal of coherence and integrity as limiting forms of judicial provision according to the conscience of the magistrates.

Keywords: Integrity. Coherence. Discretion. Dworkin.

1 Introdução

De fato, o Direito sempre se fez presente na construção da sociedade, sendo inegável a influência de sua evolução para o desenvolvimento do meio social.

Desde Hans Kelsen o poder discricionário dos juízes é encorajado pelas teorias do Direito. Outro doutrinador que seguiu essa mesma linha de defesa foi H. L. A. Hart, que se opôs ao estudo apontado pelo filósofo Ronald Dworkin, para quem a discricionariedade não deve ser aceita em um Estado Democrático de Direito.

É evidente a divergência existente entre os estudos apresentados por esses doutrinadores, uma vez que, para o primeiro, o poder discricionário trata-se de pura normalidade, enquanto que para o outro deve ser combatido devido à adoção de valores constitucionais e democráticos pelo sistema processual civil vigente.

Ronald Dworkin teve como traço fundamental a defesa da virtude da integridade que seria um ideal para nortear as práticas não só do Judiciário, mas também do Legislativo de uma sociedade, ademais seria um limitador dos decisionismos judiciais.

Dworkin também ficou conhecido pelas duras críticas ao positivismo jurídico defendido por Hart, haja vista que, para aquele, a adoção deste estudo faz entender que o Direito seja reduzido a apenas um conjunto de regras criadas por uma comunidade jurídica em determinado momento da História.

Dessa forma, Dworkin acreditava que as falhas na teoria do positivismo jurídico começavam a aparecer quando o magistrado não mais se via capaz de encontrar previamente regras elaboradas para a solução dos casos que lhe foram apresentados e, em consequência disso, estaria autorizado a promover um julgamento discricionário.

Conseqüentemente, aquele estaria autorizado a utilizar unicamente sua consciência para decidir o caso concreto que lhe for apresentado, o que admitiria ao magistrado criar novas regras e aplicá-las surpreendendo os jurisdicionados.

Não é de hoje que o poder discricionário dos juízes vem sendo discutido. Mas teria o juiz poder de decidir conforme sua consciência, diante de casos difíceis ou naqueles em que haja lacuna da lei ou ausência de regras?

Posto isto, o objetivo desta pesquisa recai no estudo e investigação da discricionariedade no âmbito das decisões judiciais em oposição à proposta dworkiniana da coerência e integridade, bem como à adoção de valores democráticos e constitucionais pelo sistema processual civil.

Por fim, esta pesquisa buscar refletir acerca do embate entre a independência judicial e as propostas de integridade e coerência do Direito, as quais combatem decisões baseadas exclusivamente nas convicções do magistrado, sem qualquer embasamento jurídico.

No tocante à justificativa da presente pesquisa, inegável a necessidade de se enfrentar a problemática da discricionariedade e voluntarismos no que tange às decisões judiciais. Ao cuidar da proibição de condutas solipsistas, tem-se que esse importante assunto deve ser encarado com muita seriedade em contraponto ao modelo democrático e constitucional do processo.

2 Repercussões da discricionariedade judicial para Kelsen, Hart e Dworkin

Não é de hoje que o poder discricionário dos juízes vem sendo discutido não só no âmbito do sistema processual civil. A teoria pura do direito de Hans Kelsen dizia que a interpretação seria fruto da atividade mental do juiz, de modo que seu estudo demonstrava consonância às discricionariedades e arbitrariedades judiciais.

Mas a abordagem da discricionariedade judicial não se resume ao estudo proposto por Hans Kelsen. No tocante à incompletude (lacuna) no direito, a discricionariedade judicial é questão central, tanto na teoria baseada no positivismo jurídico de H. L. A. Hart, quanto na teoria do pós-positivista Ronald Dworkin, tendo destaque o seguinte questionamento: "teria o juiz o dever legal de decidir de uma determinada forma, em caso de lacuna da lei, para usar o termo empregado por Hart, ou em casos difíceis, para utilizar o termo adotado por Dworkin?". (MARGRAF; SVISTUN, 2016, p. 229).

Para D. J. Galligan, o poder discricionário refere-se à margem de liberdade na escolha das normas que devem nortear uma linha de conduta. No que tange ao poder discricionário do juiz, quando existente, ocorre quando este, estipulando as regras e

descobrimo que o sentido das regras jurídicas não é claro, ou que é impreciso, deve escolher uma linha de ação, interpretando as regras ou completando-as. (BRANDÃO, 2006, p. 67).

Como já adiantado em ponto anterior desta pesquisa, Ronald Dworkin, como crítico do estudo de Hart, em sua teoria entendeu ser errônea a conclusão desse último, quando afirma ser discricionariedade o âmbito de escolha que o juiz tem no momento de emitir uma decisão judicial.

Assim, Dworkin rejeita o entendimento de Hart de que o direito é um sistema incompleto ou indeterminado, que deixa espaços para serem preenchidos por um poder de escolha do magistrado, ou seja, gerando a necessidade de atuação criativa do aplicador do Direito. Em oposição à proposta de Hart, Dworkin entende que o direito é apenas controvertido, ou seja, existem assuntos sobre os quais homens razoáveis e inteligentes podem discordar.

Ao contrário,

os positivistas da linha de Hart estão dizendo que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou, em outras palavras: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juizes não impõem obrigações a estes. Isto porque, para Dworkin, o sistema de regras de Hart não reconhece princípios. O ataque de Dworkin a Hart é principalmente no sentido de afirmar que a regra de reconhecimento de Hart não identifica princípios, mas apenas regras. Assim, coadunar com o "poder discricionário" do magistrado é não reconhecer a autoridade dos princípios. (BRANDÃO, 2006, p. 67).

Dworkin, como crítico da obra de Hart e, conseqüentemente, do positivismo jurídico, afasta, então, a ideia de discricionariedade. Assim para aquele filósofo, o juiz não está autorizado a julgar livremente, em casos "fáceis" ou "difíceis". Não há espaço para discricionariedade quando o magistrado "leva a sério" o compromisso com o direito e com o caso, em um e em outro caso, reconstruídos e discutidos pelas partes. Destarte, na teoria dworkiniana, o Direito – regras, princípios, súmulas ou precedentes – não é tomado como um dado, mas como um ponto de partida sobre o qual o magistrado não pode "fugir", mas que, ao mesmo tempo, tem claro que não há sentidos dados previamente e, sim, que o sentido é (re)construído quando da aplicação daqueles ao caso. Assim, a interpretação do Direito não se dá como um caso isolado, mas como uma construção que vem antes daquele caso e que continuará após o mesmo. (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 49).

Para Dworkin, a atividade do juiz pode ser ilustrada na elaboração de um romance em cadeia. Suponha-se que um grupo de romancistas se proponha a escrever um romance em conjunto. Assim, cada romancista precisa interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. No romance em cadeia, para escrever a sua parte do livro, os romancistas precisarão saber interpretar os capítulos que já foram construídos, adotando um ponto de vista sobre o romance que está sendo elaborado, de modo que o seu capítulo se encaixe ao todo como se o romance fosse obra de um único autor. (BRANDÃO, 2006, p. 64).

Desse modo, para Ronald Dworkin, o direito como integridade exige que o juiz leve em consideração a decisão de outros juízes que tratam de casos afins, considerando a longa história já construída, de maneira a continuá-la e interpretá-la. Assim, o magistrado não partirá do “nada” ao decidir os casos que lhe são postos, mas estará atento aos fatos anteriores e, ao que foi construído até ali, para que sejam capazes de justificar seus provimentos judiciais.

Dworkin batiza a metáfora de juiz Hércules, de modo que ele é capaz de usar sua sabedoria e paciência para ponderar na busca da resposta correta para suas decisões. Seu magistrado, então, terá que levar em conta todos os argumentos trazidos pelas partes no processo, bem como tudo aquilo que foi construído do ponto de vista probatório-fático. Mas isso não basta, Hércules irá também procurar reconstruir a história institucional para verificar como os outros juízes decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história (integridade). (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 47).

Hércules será responsável por adicionar um novo capítulo à história que já vinha sendo construída sem ignorá-la e sem reinventá-la, haja vista que o modelo de juiz criado por Dworkin não pode simplesmente partir do “nada”, frise-se que não há espaço para a discricionariedade. A decisão final a que Hércules chegará não é dele exclusivamente.

Nesse sentido, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia. Dessa forma, é seu trabalho continuar essa história no futuro, por meio do que ele faz agora. Assim, ele deve interpretar o que antes aconteceu, tendo em vista sua responsabilidade de levar adiante a história institucional (integridade) e não partir em alguma nova direção (DWORKIN, 2001, p. 328).

Segundo Dworkin, haverá uma abertura para a cooperação dos sujeitos processuais, ou seja, a decisão judicial será produto do diálogo entre todos os participantes do processo, bem como com a história das decisões já construída até aqui. O juiz Hércules, apesar de não ter a obrigação de seguir os provimentos judiciais já produzidos, deverá levá-los em consideração, de modo a melhorar a decisão e, conseqüentemente, a conferir abertura para que novas decisões também coerentes com a história institucional sejam construídas no futuro.

Logo, a “função criativa” do Judiciário defendida por Hart é rechaçada por Dworkin, que compreende que apenas o legislador é autorizado a criar o Direito.

Para Lênio Streck, o problema da discricionariedade é que ela transforma os juízes em legisladores, propiciando a ideia do próprio objeto de conhecimento, que é um problema que remete a questão ao solipsismo judicial, quer dizer, abriria espaço para decisões unicamente baseadas na consciência do magistrado, pois, ao se decidir, diminuiria às interpretações em conceitos e concepções de mundo pessoais, o que causaria graves conseqüências ao Estado de Direito Democrático. (MARGRAF; SVISTUN, 2016, p. 229).

Fala-se em solipsismo judicial no sentido de expressar um espaço de subjetividade, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, em completo

desrespeito ao contraditório, norma fundamental do Código de Processo Civil de 2015. Destarte, um juiz solipsista é o arquétipo daquele decisor que não se abre ao debate processual; atua isoladamente, assumindo compromisso com sua própria consciência. (NUNES; DELFINO, 2014).

Ao adotar a proposta dworkiniana da integridade do Direito que confere uma resposta justa e democrática às lides, inegável que a independência assegurada aos magistrados é garantia a eles inerente, porém isso não lhes confere, em hipótese alguma, o direito de decidir casos que chegam ao Judiciário, de acordo com sua escolha.

3 A proposta da integridade de Dworkin

O sistema jurídico, especialmente através do CPC/15, vinculou-se à concepção do direito como integridade. O foco desse tópico é aprofundar o ideal da integridade; o que já foi sinalizado no tópico anterior desta pesquisa, resgatando, para isso, os pressupostos apresentados por Ronald Dworkin.

É certo que, diante da abertura do ordenamento jurídico para valores constitucionais e democráticos, não mais seriam admitidas decisões discricionárias e arbitrárias dos órgãos julgadores, de modo a surpreender os jurisdicionados. Apesar disso, por muitas vezes, a hermenêutica jurídica tem-se tornado resultado da consciência dos próprios julgadores. Essa forma de decidir conforme a consciência não confere segurança a ninguém.

“Afirmar e defender a discricionariedade equivaleria, então, a concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que os juízes decidem baseados naquilo que comeram no café da manhã.” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 46).

Ao contrário, o mínimo que uma decisão deve estabelecer é a relação dos atos normativos com o caso concreto a ser decidido, quer dizer, através do enfrentamento de todos os argumentos jurídicos relevantes; os padrões de identificação e de distinção entre os precedentes e enunciados de súmula e o caso presente; e os argumentos de superação de um precedente, uma jurisprudência ou um enunciado de súmula suscitado pela parte (NUNES; PEDRON; HORTA, 2017, p. 338).

A fundamentação das decisões é elemento inafastável e resultante do próprio Estado de Direito. É a plena manifestação da prestação da atividade jurisdicional, que só será justa – a dar guarida ao princípio do *due process of law* –, se dita fundamentação for suficiente a garantir uma decisão completa. A fundamentação tem o condão de demonstrar a imparcialidade do juiz, acarretando um julgamento justo, conforme os fatos subjacentes à demanda. Isso porque “não basta ao juiz ser imparcial; deve demonstrar-se imparcial”, o que o faz através da fundamentação de uma decisão límpida e lógica, evitando-se a decisão eivada do arbítrio. (BELLOCCHI, 2017, p. 100).

O dever da fundamentação exige, pois, que o Poder Judiciário justifique sua atividade jurisdicional. Desse modo, se vê afastada a arbitrariedade/discricionariedade judicial. Fundamentar é o mesmo que conferir às decisões judiciais legitimidade. Essa legitimidade é elemento essencial do Estado Democrático de Direito, que encontram base nos ideais da integridade e da coerência.

Apesar de integridade e coerência guardarem em comum uma repulsa à discricionariedade e arbitrariedade do direito, essas duas virtudes apresentam diferenças. Nesse sentido:

A coerência é uma relação entre ideias que estão de acordo entre si e que justifica o presente com base no passado. Um tribunal age coerentemente quando ele repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível. Isso, obviamente, traz segurança jurídica. Contudo, entendida em sentido estrito, a coerência pode exigir a continuidade de um erro, se a fidelidade for exagerada. Afinal, ser fiel ou manter decisões, mesmo que incorretas, pode ser uma estratégia política voltada à garantia de segurança jurídica. [...] A integridade é mais dinâmica. Um tribunal que atentar a ela condenará os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito apenas a princípios e não a políticas. Como a integridade exige que se considere, até onde for possível, o nosso sistema jurídico como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, então um juiz que honra a integridade em sua atividade judicante, às vezes, irá afastar-se da estrita linha de suas decisões anteriores em busca da melhor interpretação dos princípios mais fundamentais que conformam nosso sistema. A ideia de que um tribunal deve seguir suas próprias decisões anteriores, mesmo quando as considera equivocadas, em nome da coerência, é absurda. A virtude da integridade, portanto, é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios. (FREIRE; FREIRE, 2014, p. 210).

Dessa forma, a integridade ao interpretar elementos do passado e não simplesmente repeti-los, é uma virtude em movimento, de modo que há a necessidade de serem revistos os erros presentes nas decisões judiciais do passado, a fim de que não sejam repetidos nas decisões do futuro.

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma coerente ao conjunto de direitos, de maneira que ela constitui uma garantia contra a arbitrariedade judicial, colocando efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas. Assim, a integridade apresenta uma aversão ao voluntarismo, ao ativismo, bem como à discricionariedade. Enquanto a coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonomia, a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma a manifestar um direito íntegro, rechaçando, como dito, a tentação da arbitrariedade. (GIANNAKOS, 2019, p. 397).

Na proposta do Código de Processo Civil vigente não há espaço para decisões personalistas com que estivesse criando o direito a partir de um grau zero. Não se admite o “livre convencimento”, porém exige-se que as decisões judiciais sejam fundamentadas. Dessa forma, dentro de um contexto histórico-institucional e com base no arcabouço jurídico à disposição dos decisores é que estes devem justificar seus provimentos.

A integridade do direito é construção teórica para a superação tanto do juiz-boca-da-lei, o juiz típico do positivismo exegético, quanto para o seu oposto, o juiz voluntarista (ativista) que vai buscar em sua própria consciência o julgamento justo. Ambos fazem soçobrar o edifício constitucional, o método é

que difere: um confunde texto com direito e outro confunde direito com consciência. (XAVIER, 2017, p. 32).

O dever de motivação tem exatamente o objetivo de demonstrar, no caso concreto, que a tradição, a integridade e a coerência foram respeitadas. Assim, não é permitido ao intérprete decidir com base em suas convicções morais, políticas, ideológicas ou religiosas. O magistrado, por ser um agente público, não pode colocar a sua subjetividade em primeiro plano e a tradição jurídica dos institutos em segundo, com a finalidade de proferir decisões fundadas em convicções pessoais, quer dizer, discricionárias. A atividade interpretativa precisa encontrar a historicidade do texto, assim como deve se ater à tradição do Direito jurídico, de maneira a se alcançar a integridade e a coerência no mundo prático. (CAVALCANTI, 2018, p. 100).

4 Conclusão

A problemática da discricionariedade judicial não é de hoje, como foi possível perceber da presente pesquisa, desde Hans Kelsen, Hart e, por fim, Dworkin. Esse assunto foi tratado como questão central nos estudos realizados por filósofos pesquisadores acerca do Direito.

Foi possível perceber que, para que o projeto de Estado Democrático de Direito não se perca, é necessário que as decisões do Judiciário sejam íntegras e coerentes, em contrapartida às decisões solipsistas e discricionárias que marcam o cenário jurídico vigente.

Também se depreende do estudo realizado que a transparência das decisões judiciais depende, ademais, da motivação/fundamentação das decisões judiciais. Assim, necessário que os decisores justifiquem com base no arcabouço jurídico (regras, princípios, súmulas, precedentes), de modo que não haja espaço para arbitrariedades/discricionariedades judiciais tampouco para o livre convencimento do magistrado, haja vista que a adoção de valores constitucionais e democráticos pressupõe a imparcialidade dos órgãos judiciais.

Logo, a teoria da integridade exige o respeito aos valores democráticos e constitucionais, de modo que a decisão judicial não seja produto da consciência dos magistrados, mas sim resultado da participação de todos os sujeitos processuais, além do compromisso com a fundamentação das decisões judiciais, de modo a assegurar a transparência do Judiciário aos jurisdicionados, bem como a segurança jurídica do sistema.

Referências

BELLOCCHI, Márcio. A fundamentação das decisões judiciais e sua natureza (não) discricionária. **Revista dos Tribunais Online: Revista de Processo**, [s. l.], v. 268, p.99-115, jun. 2017. Disponível em:
<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c3fec69e54ddf2bac&docguid=Ifad16840314d11e7ada2010000000000&hitguid=Ifad16840314d11e7ada2010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=162&c>

rumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRANDÃO, Cristina. Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial.

Revista dos Tribunais Online: Revista de Direito Constitucional e Internacional, [s. l.], v. 56, p.52-87, jul. 2006. Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016c3fd7906c40e92504&docguid=I79a5ca80f25311dfab6f010000000000&hitguid=I79a5ca80f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=105&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 26 jul. 2019.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?: critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta. **Revista dos Tribunais Online: Revista de Processo**, [s. l.], v. 1, p.91-121, fev. 2018. Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016c400ff106b35d121f&docguid=I90f10360031911e89b19010000000000&hitguid=I90f10360031911e89b19010000000000&spos=1&epos=1&td=7&context=296&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 jul. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais Online: Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 950, p.199-231, 2014. Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c3ff4f221f5fe0e76&docguid=If034b8906a3711e4ba0d010000000000&hitguid=If034b8906a3711e4ba0d010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=191&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jul. 2019.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. A uniformização da jurisprudência: uma justificativa a partir da hermenêutica jurídica e da análise econômica do direito.

Revista dos Tribunais Online: Revista de Processo, [s. l.], v. 288, p.395-422, fev. 2019.

Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016c3fff1e614511fbdb&docguid=I27b151c0188511e9aad2010000000000&hitguid=I27b151c0188511e9aad2010000000000&spos=12&epos=12&td=18&context=22>

9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 22 jul. 2019.

MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN, Meg Francieli. A coerência e a integridade como limitadoras do decisionismo judicial. **Revista dos Tribunais Online: Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [s. l.], v. 95, p.227-246, abr. 2016. Disponível em:
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c3fd185b4d60d7893&docguid=Ic04d1d700cfc11e6ad84010000000000&hitguid=Ic04d1d700cfc11e6ad84010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=75&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 26 jul. 2019.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “*caballo de Tróya*” *iura novit curia* e o papel do juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, jul./set. 2014. Disponível em:
<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181689>. Acesso em: 20 jul. 2019.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista dos Tribunais Online**. v. 263, p. 335-396, jan. 2017. Disponível em:
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001658c2b62ae60b1a28f&docguid=I561d9120bc2c11e68128010000000000&hitguid=I561d9120bc2c11e68128010000000000&spos=17&epos=17&td=394&context=144&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 ago. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2016.

XAVIER, Felipe Rodrigues. A estranha coexistência entre protagonismo judicial e integridade e coerência do direito no código de processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais Online: Revista de Processo**, [s. l.], v. 268, p.23-46, jun. 2017. Disponível em:
[https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c40060df1f420df54&docguid=Ifad02fc0314d11e7ada2010000000000000&hitguid=Ifad02fc0314d11e7ada2010000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=256&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c40060df1f420df54&docguid=Ifad02fc0314d11e7ada201000000000000&hitguid=Ifad02fc0314d11e7ada2010000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=256&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 29 jul. 2019.

A inconstitucionalidade material do art. 225 da Lei 13.718/18 no ajuizamento da ação penal no crime de estupro e a esfera vitimológica

The material unconstitutionality of art. 225 of law 13.718/18 in the claim of criminal action of rape crime and the victimological sphere

Rafaela dos Santos Lagares

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: rafaela_lagares2012@hotmail.com

Ulisses de Oliveira Simões

Advogado e Professor do UNIPAM. Mestre em Direito. Orientador do trabalho.
E-mail: ulisses@unipam.edu.br

Resumo: Este artigo analisou a inconstitucionalidade material do artigo 225 da Lei 13.718/18 no ajuizamento da ação penal pública incondicionada no crime de estupro e a esfera vitimológica diante do ordenamento jurídico brasileiro. Foi discutida a questão de se ter violação a direitos fundamentais individuais por aplicação de princípios inerentes à esfera processual penal. O questionamento realizado foi o seguinte: O art. 225 da Lei 13.718/18 é materialmente inconstitucional por alterar o regime da ação penal para pública incondicionada, no crime de estupro? O método usado para a pesquisa de dados e literatura científica acerca da inconstitucionalidade material do artigo 225 da Lei 13.718/18, que alterou a ação penal nos crimes sexuais, foi a revisão bibliográfica, com o aparato de fontes primárias e secundárias advindas de bibliotecas virtuais e físicas. Concluiu-se que é necessário que os aplicadores do direito sejam mais capacitados para atuarem em circunstâncias de conflito entre valores no ajuizamento de ação penal pública incondicionada, tendo como parâmetro os direitos fundamentais, uma vez que pode ocorrer, por mínimo que seja, a possibilidade de sua violação e desrespeito à Constituição.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Ação Penal. Estupro. Direitos fundamentais individuais. Vítima.

Abstract: This article analyzed the material unconstitutionality of Article 225 of Law 13.718 / 18 in the prosecution of unconditional public criminal action in the crime of rape and the victimological sphere before the Brazilian legal system. The issue of violating individual fundamental rights by applying principles inherent to the criminal procedural sphere was discussed. The question was as follows: Is Article 225 of Law 13.718 / 18 materially unconstitutional for changing the regime of criminal to unconditional public prosecution in the crime of rape? The method used to search data and scientific literature about the material unconstitutionality of article 225 of Law 13,718 / 18 that altered the criminal action in sexual crimes was the literature review, with the apparatus of primary and secondary sources coming from virtual and physical libraries. It was concluded that it is necessary for law enforcers to be more qualified to act in circumstances of conflict between values in the filing of unconditional public criminal proceedings having as a parameter the fundamental rights, since there may be, as little as possible, the possibility of its violation and disregard of the Constitution.

Keywords: Unconstitutionality. Criminal action. Rape. Individual fundamental rights. Victim.

1 Introdução

A finalidade do estudo foi analisar a inconstitucionalidade material do art. 225 da Lei 13.718/18 no ajuizamento de ação penal pública incondicionada no crime de estupro e a esfera vitimológica. A ação penal nesse crime e nos demais localizados no mesmo capítulo do Código Penal Brasileiro passou por diversas alterações ao longo da história, sendo hoje pública incondicionada e, por causa disso, houve impacto nos direitos fundamentais individuais da vítima, como o direito à privacidade e à intimidade.

No crime de estupro, homem e mulher podem ser sujeitos ativos e passivos. Esse tipo penal abarca o constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, tanto a se ter conjunção carnal quanto a se praticar atos libidinosos, mas, na maioria dos casos, a figura feminina é a vítima com maior incidência nos casos. Em regra, nesse delito, trabalha-se com pequena quantidade de elementos que formam a culpa do autor do fato e com poucas provas obtidas, mesmo sendo um crime não transeunte, que deixa vestígios.

A ação penal pública incondicionada, que constitui uma atuação específica do Ministério Público, é regida por princípios que norteiam a sua aplicação na persecução penal. Nesse sentido, a problemática desta pesquisa foi investigar o conflito entre o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o princípio da autonomia da mulher quando esta se mostrar desfavorável ao oferecimento da peça acusatória pelo *Parquet* no crime de estupro.

Quando a vítima se submete a esse procedimento, além de ser pessoalmente afetada, há, sem sombra de dúvidas, um nítido vilipêndio aos princípios mais basilares que estruturam o Estado Democrático de Direito no qual a sociedade brasileira se organiza. É nesse contexto que surgem técnicas de interpretação e o uso da ponderação de bens para solucionar, de maneira mais harmônica, as regras que compõem os campos do direito constitucional, processual penal e penal a fim de se resguardar a dignidade da pessoa humana.

Para a doutrina, tornar a ação penal pública incondicionada nesse crime, por meio de lei infraconstitucional, foi um retrocesso do legislativo, na medida em que se buscou reduzir a vítima a uma condição de mero objeto investigativo em face da persecução penal, sem se atentar, contudo, à violação a direitos fundamentais individuais previstos na Carta Magna de 1988, os quais são frutos de árduo esforço do povo brasileiro.

A pergunta problema para este estudo foi a seguinte: o art.225 da Lei 13.718/18 é materialmente inconstitucional por alterar o regime da ação penal para pública incondicionada, no crime de estupro?

Para o desenvolvimento deste estudo, adotou-se a revisão bibliográfica, com base em pesquisa feita em bibliotecas físicas e virtuais. Em meios eletrônicos como leis, documentários, periódicos publicados e monografias foi realizada a pesquisa por meio de descritores como os seguintes: inconstitucionalidade, ação penal, estupro, direitos fundamentais individuais e vítima. O estudo foi elaborado por meio do método descritivo, exploratório, pesquisa documental e dedutivo.

2 Breves apontamentos históricos acerca da ação penal nos crimes sexuais

A ação penal nos crimes sexuais passou por diversas alterações desde 1940, com o advento do Código Penal, até os dias atuais com a Lei 13.718/18, seja por ser uma matéria delicada, seja pela cultura legiferante intrínseca à sociedade brasileira.

A delicadeza constatada nos crimes sexuais está diretamente relacionada à dignidade, à liberdade e à personalidade do ser humano, por isso a ação penal foi alterada ao longo da história a fim de tentar atender melhor o interesse do ofendido sem, contudo, prejudicar o prosseguimento do processo.

Já a cultura em legislar pode ser percebida na criação desregrada de leis e alteração das já existentes, o que acaba, às vezes, tornando-se um retrocesso, pois, enquanto as leis deveriam ser cumpridas, as autoridades se preocupam em alterá-las, e os aplicadores do direito têm que se adaptarem ao novo modelo normativo.

2.1 Antes da Lei 12.015/09

No ano de 1940, momento em que o Decreto-Lei 2.848 foi publicado, a ação penal para os delitos previstos nos capítulos I e II do Código era privada, procedendo-se somente mediante queixa, o que privilegiava a liberdade sexual da vítima e sua autonomia, além de evitar escândalo do processo.

Posteriormente, o STF pacificou o entendimento, com a edição da Súmula 608, de que “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. (BRASIL, 1984).

Ocorre que surgiu aspectos excepcionais, isto é, a ação seria pública caso houvesse: a) vítima ou responsáveis que não pudessem custear as despesas do processo sem prejuízo da manutenção própria ou da família (antigo artigo 225, § 1º, I, CP), nesse caso seria pública condicionada à representação; b) crime cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, que seria pública incondicionada; c) estupro cometido mediante violência real, que procederia por ação pública incondicionada, conforme enunciado da referida Súmula.

No entanto, se houvesse o cometimento de estupro e atentado violento ao pudor, mediante lesão grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada, por aplicação do art.101, na parte geral do Código Penal, que trata do crime complexo, a saber:

Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo penal, fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público. (BRASIL, 1940).

Vale lembrar que o atentado violento ao pudor foi revogado pela Lei 12.015/09, e, por isso, não há que se falar em *abolitio criminis* haja vista a aplicação do princípio da continuidade típico-normativa em que os elementos caracterizadores do atentado violento ao pudor redirecionaram ao tipo penal do atual crime de estupro que diz respeito ao fato de o agente constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça,

a ter conjunção carnal ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso, sem haver sua descriminalização.

Frisa-se que, afastando-se a ação penal de natureza privada, a vítima preservaria sua intimidade quando não manifestasse interesse em representar. Entretanto, ao exprimir essa vontade, caberia ao Ministério Público oferecer denúncia.

Destarte, como leciona Nucci, tal Súmula é fruto de Política Criminal que visa a amparar a mulher estuprada, principalmente para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados (2012, p.184) e, por essa razão, restou prejudicada a subsistência do preceito sumular pelo surgimento da Lei 12.015/2009.

Ressalta-se que, na ADI 4.301, julgada pelo STF em 2009, restou prejudicado o pedido da Procuradoria Geral da República –PGR –que impugnou parte do art.225 do CP, com alteração da Lei 12.015/09, pelo qual a ação penal deveria ser pública incondicionada no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, sob pena de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CR) e o princípio da proporcionalidade.

A PGR ressaltou, ainda, “que o princípio da proporcionalidade veda tanto o excesso da ação estatal sobre a liberdade individual quanto a proteção deficiente do Estado em relação à pessoa”. Para a PGR, condicionar o procedimento à representação constitui um retrocesso normativo no crime de estupro, com as qualificadoras em questão, pois esse crime é de alta lesividade à vida.

Em contrapartida, com a Lei 13.718/18, que revogou o parágrafo único do art.225 do CP, a ação penal passa a ser pública incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual, inclusive o crime de estupro qualificado por lesão corporal grave, alcançando justamente o pedido da PGR.

2.2 Depois da Lei 12.015/09

Em 1995, com advento da Lei 9.099 (Lei dos Juizados Especiais), a ação penal dependia de representação do ofendido no tocante aos crimes de lesão leve e culposa.

Como se não bastasse, em 07 de agosto de 2009, com a edição da Lei 12.015, a ação procedia mediante representação para os crimes contra a dignidade sexual, sob pena de extinção da punibilidade e pública incondicionada para vítimas vulneráveis ou menor de 18 anos, não dependendo de qualquer condição para o exercício da ação penal, com base no art.225 do Código Penal, alterado por esta Lei, haja vista o princípio da especialidade em que norma especial sobrepõe norma geral, conforme decidido no STF:

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, diante da constatação de que os delitos de estupro, em parcela significativa, são cometidos mediante violência, e procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, aderiu à posição de crime de ação pública incondicionada, que veio a ser cristalizada na Súmula 608, em pleno vigor. Para fins de caracterização de violência real em crimes de estupro, é dispensável a ocorrência de lesões corporais (HC 81.848, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA,

Segunda Turma, DJ de 28/06/2002, HC 102.683, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 07/02/2011).

Essa alteração legislativa, na verdade, como afirma Bitencourt (2018, p.161), “mostrou o interesse do legislador em eliminar o direito da vítima à ação penal privada constringendo-a ao determinar que a ação nessas infrações passa a ser pública, mesmo que condicionada à representação”.

Em outros termos, embora o Estado tenha conferido ao ofendido o direito de verificar a conveniência e a oportunidade de promover a ação penal, preferindo esse passar pela exposição perante o Judiciário, a ação penal continua sendo pública, iniciada pela denúncia com a representação da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, conforme artigo 24, §1º do Código de Processo Penal que dispõe: “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”, pelo fato de os crimes que assim a exijam serem mais gravosos aos interesses individuais.

Conforme entendimento na doutrina:

Em razão dessas circunstâncias, há uma relação complexa de interesses do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado, em sigilo, para preservar sua privacidade; de outro lado, o interesse público do Estado em reprimi-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas, iniciada a ação pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público (BITENCOURT, 2018, p.163).

2.3 Com a Lei 13.718/18

Em 24 de setembro de 2018, o artigo 225 da Lei 13.718 passou a determinar que os delitos definidos nos Capítulos I e II do Título VI da Parte Especial, o qual trata dos crimes contra a dignidade sexual, procedem-se mediante ação penal pública incondicionada, sem exceções, isto é, independentemente do tipo penal e da manifestação ou recusa do sujeito passivo do crime.

Essa Lei, portanto, alterou o regime jurídico da ação penal de modo a extirpar diversas interpretações legais sobre o tipo de ação a ser aplicada em cada caso concreto, além de superar a eficácia da Súmula 608 do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Não obstante, com a nova redação do art. 225 do Código Penal, é certo que o ofendido perde sua condição de instaurador da ação para mero instrumento da persecução penal. Por sua vez, Adriano Menichini assevera o seguinte:

O aspecto negativo da Lei 13.718/18, por outro lado, fica por conta da supressão da deliberação da vítima em deflagrar, ou não, a persecução penal em relação a crimes que afetam demasiadamente a sua intimidade. Conforme já foi dito, às vezes o sofrimento causado à vítima por toda a exposição à persecução penal é maior do que a própria impunidade do autor da infração penal. O ideal é que permanecesse com a vítima, quando adulta e capaz, o poder de decidir pela

persecução penal em face de seu algoz do crime sexual (MENECHINI, 2018, s/p).

Contudo, quando da mudança da ação, é possível observar que o legislador quis impedir que a vítima tivesse participação direta em face da persecução penal nos crimes sexuais, uma vez que a medida jurisdicional trata de questão puramente objetiva, a qual busca a resolução do processo.

Nesse sentido, promovida pelo Ministério Público, que é parte legítima para tanto, a ação penal pública incondicionada, como o próprio nome diz, não se sujeita a condição.

Segundo aduz Avena (2017, p.174), “o Ministério Público é o *dominis litis*, podendo instaurar o processo criminal independente da manifestação de vontade de qualquer pessoa e até mesmo de vontade expressa ou tácita da vítima ou de seu representante legal”, conforme art. 100, *caput*, do Código Penal que dispõe: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

3 Dos direitos fundamentais individuais e da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada

Os direitos fundamentais individuais são tão importantes para o ser humano que mereceram ser consagrados por um documento de alto valor no Estado, que é a Constituição da República, e ainda, estarem situados em um lugar relevante neste documento pela cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º da CR.

3.1 Direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, CR/88

Os direitos fundamentais, segundo Mendes e Branco (2016, p.133 e 138), “são pretensões que, em cada momento histórico, descobrem-se a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. São, portanto, “direitos de ímpar relevância à existência da pessoa que merecem ser protegidos na norma suprema do ordenamento jurídico”.

Por isso, a Constituição da República Federativa do Brasil instituiu esses direitos elencados nos art.5º ao art.17 como direitos e garantias fundamentais, frutos de árduas lutas travadas na história.

Segundo o art.5º, X, da CR/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Tendo em vista tais direitos os quais a Carta Magna prestigiou, passemos a uma breve análise de cada um deles.

A intimidade, para Tavares (2016, p.533), “significa tudo quanto diz respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros”. É, contudo, uma esfera mais secreta da vida vista do modo individual cujo acesso é restrito ou até mesmo proibido.

Por outro lado, muito semelhante à intimidade, a vida privada é representada pelo modo de ser e de agir do indivíduo, mas em relação ao público ou diante dele em

que o acesso é menos limitado que o primeiro; em outras palavras, é a forma que cada pessoa conduz a vida no mundo externo.

A honra, por sua vez, é uma consequência lógica da dignidade humana. Desse modo,

a honra constitui-se do somatório das qualidades que individualizam o cidadão, gerando seu respeito pela sociedade, o bom nome e a identidade pessoal que o diferencia no meio social. E o cidadão tem o direito de resguardar sua honra pessoal, essencial ao bom convívio dentro da sociedade. (TAVARES, 2016, p.548).

Já a imagem das pessoas, de modo literal, é a exposição da condição física da pessoa, da sua aparência externa, por desenho ou por impressão. A tutela da imagem, portanto, visa a coibir a sua reprodução indiscriminada bem como a sua obtenção de forma lícita ou ilícita. Desse modo, para Tavares (2016, p.549), “protege-se a imagem, assim concebida, contra a exposição mercantil ou apropriação, sem o prévio consentimento da pessoa”.

Ressalta-se que, quanto à dignidade da mulher, esta não é inferior ao homem só por ser do sexo feminino. A Lei 11.340/06 — Lei Maria da Penha — surgiu exatamente para conferir mais proteção às mulheres no intuito de diminuir as desigualdades de gênero que ainda persistem na atualidade.

Apesar de a sociedade ser mais conservadora e machista, em que o homem acredita ser superior e dominador da mulher, no crime de estupro tanto um quanto outro podem figurar como sujeitos ativos e passivos. Porém, na maioria dos casos, a maior vítima nesse crime é a mulher por ser mais vulnerável e submissa à figura masculina, mostrando claramente que o estupro é crime de gênero; além disso, para caracterizar o constrangimento à conjunção carnal, pressupõe a relação heterossexual.

Cabe mencionar que, em um Estado Democrático de Direito, não há que se falar em postura de gênero hierarquizada, já que a Constituição de 1988 igualou ambos em direitos e deveres. Isso quer dizer que a superioridade e a dominação que o homem pensa ter sobre a mulher não o autoriza a se comportar como dono do corpo dela, de forma a satisfazer sua libido a qualquer tempo, muito menos quando se der em âmbito familiar, no chamado “débito conjugal”.

3.1.1 Dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais geram efeitos no ordenamento jurídico. Nesse contexto, dedicam-se às suas dimensões objetiva e subjetiva.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, para Mendes e Branco (2016, p.165), “corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”.

Nesse sentido, os direitos fundamentais correspondem ao respeito ao espaço que o indivíduo tem ao usufruir de sua liberdade; em outras palavras, é o acatamento do direito em si mesmo.

Já a dimensão objetiva

resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência dos Estados de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. (MENDES; BRANCO, 2016, p.165).

Destaca-se que é dever do Estado proteger os direitos fundamentais contra violências do próprio Poder Público, além de prover medidas que efetivamente os protegem dentro da reserva do possível.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais vão além da concepção individualista, não sendo um benefício exclusivo da pessoa, mas sim um atributo que ajuda na formação da base do ordenamento jurídico, isto é, cria mecanismos de efetivação de normas que revelam valores básicos da sociedade, possuindo uma eficácia irradiante, servindo de diretriz para a aplicação e interpretação das normas do Direito no caso concreto.

3.2 Princípios inerentes à Ação Penal Pública incondicionada

A Ação Penal Pública Incondicionada é regida por alguns princípios que merecem ser comentados no trabalho, haja vista serem norteadores para o melhor entendimento da matéria em pesquisa.

3.2.1 Princípio da oficialidade

O princípio da oficialidade consiste na atribuição, conferida pela Constituição da República no art.129, I, de legitimidade aos órgãos do Estado para promoverem a ação penal pública, isto significa que “os membros do Ministério Público estadual ou federal podem exercê-la por meio do oferecimento da denúncia” (LIMA, 2017, p.243). Diz o referido artigo: “São funções institucionais do Ministério Público: I-promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. (BRASIL, 1988).

3.2.2 Princípio da indisponibilidade

Já o princípio da indisponibilidade funda-se no entendimento de que “o Ministério Público não pode desistir da ação penal ou dela dispor depois de iniciado o processo” (LOPES JÚNIOR, 2018, p.201-202). Este raciocínio decorre do art.42 do CPP que regula o seguinte: “O Ministério Público não pode desistir da ação penal”. (BRASIL, 1941). Também é uma consequência lógica do sistema processual acusatório pelo qual há distinção entre as atividades de julgar e acusar.

3.2.3 Princípio da indivisibilidade

Na mesma perspectiva, o princípio da indivisibilidade versa que ação penal deve alcançar todas as pessoas que teoricamente tenham praticado a infração. Por outro lado, caso não haja o preenchimento das condições da ação, o MP deverá manifestar pelo arquivamento daqueles fatos imputados, o que não prejudica o referido princípio. No entanto, cabe mencionar que, segundo os Tribunais Superiores, prevalece o entendimento de que, na ação penal pública, aplica-se a divisibilidade, conforme o Resp 388.473/PR – STJ que retrata:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. A indivisibilidade da ação penal pública decorre do princípio da obrigatoriedade, segundo o qual o Ministério Público não pode renunciar ao jus puniendi, cuja titularidade é exclusiva. O princípio da indivisibilidade da ação, quanto à validade do processo, é inaplicável à ação penal pública, no sentido de que o oferecimento da denúncia contra um acusado ou mais não impossibilita a posterior acusação de outros. O princípio da indivisibilidade da ação penal, em de se de validade do processo, aplica-se tão somente à ação penal privada (CPP, art.48). Não há nulidade no oferecimento da denúncia contra determinados agentes do crime, desmembrando-se o processo em relação a suposto co-autor, a fim de coligir elementos probatórios hábeis à sua denúncia. Recurso especial provido. (STJ, Resp: 388.473/PR, Relator: Ministro PAULO MEDINA, DJ 15.09.2003 p.411)

3.2.4 Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade, para Aury Lopes Júnior (2018, p.200), constitui-se “no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presente as condições da ação (prática de fato aparentemente criminoso – *fumus comissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa)”.

Este dever de o *Parquet* oferecer a peça inicial acusatória decorre da norma infraconstitucional, Código de Processo Penal, que dispõe, nos arts. 24 e 28, respectivamente, que a ação pública será promovida pelo Ministério Público nos crimes que assim a exigirem e, caso o juiz não concorde com o requerimento do membro ministerial em arquivar o inquérito, o magistrado remeterá o inquérito ou peças de informação para o Procurador-Geral para que este ofereça a denúncia ou designe outro órgão ministerial para oferecê-la. (BRASIL, 1941).

Percebe-se que outro fundamento deste princípio encontra-se respaldado na ação penal privada subsidiária da pública quando, por inércia do órgão ministerial em oferecer denúncia, o ofendido apresenta uma queixa, iniciando o processo na condição de polo ativo. (LOPES JÚNIOR, 2018, p.222).

Destarte, na lição de Lima (2017, p.235), “aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não”. Assim, estando presentes as condições da ação e justa causa, isto é, indícios

suficientes de autoria e prova da materialidade, há imposição legal ao Ministério Público oferecer denúncia nos crimes de ação pública.

Vale destacar que o referido princípio comporta exceção, como acontece na transação penal. Sendo assim,

em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do art.76 da Lei 9.099/95, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor a transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa. Nessa hipótese, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, comumente chamada pela doutrina de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada. (LIMA, 2017, p.236).

3.3 *Conflito de normas*

As antinomias normativas se afiguram como um importante tema no ordenamento jurídico, haja vista estarem inteiramente ligadas à coerência do sistema legal. Nesse sentido, para que um direito seja considerado coerente com as demais disposições legais, faz-se necessário que ele não esteja em contradição entre si. (SOARES, 2015, p.117).

Pode-se entender ainda que

as antinomias jurídicas ocorrem quando diferentes normas do mesmo ordenamento jurídico, válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso, permitem e proíbem um mesmo comportamento, o que suscita uma situação de indecidibilidade que requer uma pronta solução do aplicador do direito. (SOARES, 2015, p.118).

Percebe-se que, pela antinomia, duas ou mais normas estão em contradição quando o legislador cria uma norma diversa à lei anterior sem, contudo, prever expressamente sua revogação. Nesse sentido, fica a cargo do aplicador do direito atenção redobrada quanto à interpretação da norma na situação concreta.

Esclarece o mesmo autor que,

com efeito, trata-se de uma oposição que sucede entre, ao menos, duas normas jurídicas contraditórias total ou parcialmente, emanadas de autoridades competentes, no mesmo âmbito normativo de um sistema jurídico, colocando os sujeitos de direito em posição insustentável, ante a ausência de alternativas consistentes para possibilitar uma saída nos quadros de um dado ordenamento jurídico. (SOARES, 2015, p.118).

Para tanto, as antinomias jurídicas são classificadas como próprias e impróprias. Desse modo, as primeiras são percebidas quando houver uma norma jurídica que proíbe uma conduta, enquanto outra norma permite a mesma ação, como acontece com a ordem de um Capitão para o soldado fuzilar um prisioneiro. Nesse

caso, o soldado incorrerá tanto no crime de homicídio, que em tese é proibido no sistema, quanto no descumprimento de ordem de superior hierárquico, caso ele não faça o que lhe foi ordenado. (NADER, 2014, p.52).

Já as segundas são localizadas no plano legislativo, pois abrangem o conflito entre os sentidos, os valores e as finalidades das normas do sistema jurídico, sendo contradições mais sutis, podendo ser subdivididas em antinomias principiológica, semântica ou técnica, valorativa e teleológica. (NADER, 2014, p.51).

Sob essa perspectiva, a antinomia imprópria teleológica, para Paulo Nader (2014, p.52), “é apurada quando os fins de uma norma não são alcançáveis por falta de meios”, isto é, quando uma norma jurídica determina o meio necessário para a aplicação de outra norma, porém este meio é ineficaz com o fim pretendido pela norma determinante. Isso acontece com a lei que fixa o valor do salário mínimo o qual, a princípio, é para atender as necessidades básicas do trabalhador, mas, na realidade, não ocorre de fato. (SOARES, 2015, p.119).

Já a antinomia imprópria valorativa, como a própria nomenclatura diz, ocorre quando há um descompasso entre os valores observados por duas ou mais normas jurídicas, quando, por exemplo, há a punição mais severa no crime de furto e, de forma mais branda, no crime de roubo.

Por sua vez, a antinomia imprópria semântica caracteriza-se quando, em uma mesma palavra, cabe interpretações diversas, como é o caso da palavra igualdade. Para Rui Barbosa, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

O tema em pesquisa reclama a aplicação da antinomia imprópria principiológica pela qual há colisão entre princípios que apontam soluções diferentes para um mesmo caso concreto, como é o que acontece com o princípio da dignidade da mulher e o da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada nos crimes sexuais.

Destarte, como solução para a ocorrência das antinomias jurídicas, devem ser utilizados os critérios hierárquico, cronológico e o da especialidade.

Pelo critério cronológico, prevalece a norma jurídica posterior em relação a norma jurídica anterior que verse sobre a mesma matéria e ambas de mesma hierarquia, quando diante de uma antinomia. Por exemplo, no conflito entre a Lei 13.718/18 e a Lei 12.015/09, as quais trabalham a ação penal nos crimes sexuais, aplica-se a primeira Lei pela cronologia das normas jurídicas.

A seu turno, pelo critério da especialidade, a norma específica afasta a incidência da norma genérica quando houver contradição entre si, desde que ambas sejam de mesma hierarquia. Por exemplo, o conflito entre o crime de furto simples e o de furto qualificado, havendo preenchimento dos elementos do furto qualificado, a sua aplicação prevalece sobre o furto simples.

Frisa-se que, pelo critério hierárquico, havendo antinomia entre normas, prevalece norma jurídica superior em detrimento de norma jurídica inferior. Por exemplo, na hipótese de conflito entre a Constituição e o Código Penal que é lei ordinária, prevalece a Constituição, por se tratar de dispositivo de hierarquia superior.

Pelo exposto, em face das antinomias principiológicas, surge uma técnica hermenêutica apta a ajudar o intérprete do direito a realizar uma ponderação de bens e

interesses. Esse mecanismo é usado como forma de integração do direito, o que permite o preenchimento de lacunas jurídicas as quais comprometem a plenitude do sistema legal.

O uso da ponderação de bens e interesses, para Soares (2015, p.121), “é um novo instrumento metodológico para aplicação de um direito justo e capaz de materializar a dignidade da pessoa humana”.

A ponderação, portanto,

pode ser decomposta nas seguintes fases: identificação das normas, seleção dos fatos e mensuração de pesos. Na primeira etapa, cabe ao intérprete perquirir no sistema as normas relevantes para a solução do caso concreto. Por sua vez, na segunda etapa, cabe ao hermeneuta examinar os fatos e as circunstâncias fáticas do caso concreto e sua interação com os elementos normativos. Enfim, na terceira etapa, os diferentes grupos de norma e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo avaliados de forma conjunta, de modo a mensurar os pesos e determinar qual o conjunto normativo deve preponderar no caso concreto. (SOARES, 2015, p.121).

Nessa hipótese, o Poder Judiciário, o Legislativo, a Administração Pública bem como os particulares devem estabelecer uma prioridade entre os princípios jurídicos em disputa, e, para isso, será guiado pelo princípio geral da proporcionalidade o qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CR/88), o devido processo legal (art.5º, LIV, da CR/88) e o Estado Democrático de Direito (art.1º, *caput*, da CR/88).

Já o princípio da proporcionalidade

traduz uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. [...] O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, traduzindo um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (SOARES, 2015, p.122 e 130).

A adequação representa uma relação entre o meio processual empregado, isto é, a própria decisão judicial, legislativa ou administrativa e o fim pretendido, qual seja, o direito. A necessidade, por sua vez, é verificada na utilização do meio menos restritivo ou gravoso para se chegar ao resultado. Já a proporcionalidade, em sentido estrito, é examinada com base no binômio custo-benefício, ou seja, a avaliação da importância do fim e a restrição ao direito fundamental, pois o que se ganha com medida normativa deve ser de maior relevo do que com aquilo se perde.

Enfim, o princípio da proporcionalidade é uma alternativa de interpretação do direito que orienta o sopesamento de valores para solucionar a colisão entre princípios que norteiam uma vida digna dos cidadãos.

4 Da inconstitucionalidade material da Lei 13.718/18 no ajuizamento da ação penal no crime de estupro e a esfera vitimológica

Ao se tratar de inconstitucionalidade, há de se considerar como parâmetro a Constituição da República e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, desde que tenham força constitucional. Sendo assim, será contrária à Constituição o texto normativo ou parte dele que não obedecer à forma ou ao conteúdo da Carta Magna.

4.1 Da inconstitucionalidade

Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p.1423), a definição de ato inconstitucional “se relaciona com a inadequação entre uma conduta (ou alguma prática) do Poder Público em relação às normas de cunho constitucional, contrariando preceito constitucional de forma positiva ou negativa”.

Ao se falar em conduta, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão. Daí a diferenciação dada pelo mesmo doutrinador:

A inconstitucionalidade por ação diz respeito a uma conduta positiva que contraria normas previstas na Constituição. Ou seja, o Poder Público produz atos normativos em desacordo com a normatividade constitucional. A inconstitucionalidade por omissão decorre de uma conduta negativa dos Poderes Públicos. Ou seja, os mesmos não atuam, restam em inércia e com isso não viabilizam direitos previstos na Constituição. (FERNANDES, 2017, p.1423).

Saliente-se que a inconstitucionalidade nada mais é do que uma incompatibilidade valorativa e normativa e que não está conforme a Carta Magna. Destarte, para Mendes e Branco (2016), “a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria a norma superior diversa da Constituição possa ser anulado”.

3.1.1 Inconstitucionalidade Formal

A inconstitucionalidade pode ser também definida como formal ou nomodinâmica. Aqui, há vício no processo de elaboração das normas jurídicas, de modo que os atos normativos ou as leis são produzidos em descompasso, quanto à forma, com as normas da Constituição ou são produzidos por autoridade incompetente. Fala-se em respeito aos requisitos formais na criação de atos normativos.

Por exemplo, pode ser citada a não observância do trâmite de emenda constitucional, conforme art.60 da CR/88, assim como uma norma estadual que venha a legislar sobre trânsito e transporte e com isso desobedecer ao art.22, XI, da CR/88, que determina ser matéria de competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte.

4.1.2 Inconstitucionalidade Material

Na mesma lógica, a inconstitucionalidade pode ser material ou nomoestática, pela qual há vício no conteúdo de leis ou atos normativos, isto é, conflito na matéria com as regras e princípios das normas constitucionais.

Como exemplo, Lenza (2017) cita “uma lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (art.5º, *caput*, e 3º, IV, CR/88), em desarmonia com o mandamento da isonomia”.

4.2 Inconstitucionalidade material do art. 225 da Lei 13.718/18 no ajuizamento da ação penal no crime de estupro e a esfera vitimológica

A inconstitucionalidade material, já ressaltada, é, portanto, a existência de conflito no conteúdo de uma lei ou ato normativo com o conteúdo de normas constitucionais, ficando, desse modo, em desacordo com a Carta Magna.

Ao se ter essa noção, o mesmo acontece com o art.225 da Lei 13.718/18, que alterou o regime jurídico da ação penal nos crimes sexuais, o qual traz a seguinte redação: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”. De acordo com este comando normativo, a ação penal é incondicionada para o estupro e em qualquer de suas modalidades.

Frisa-se que, ao determinar que a ação penal seja pública incondicionada no crime de estupro, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa, previsto no art.5º, X, da CR/88 como direito fundamental, foi violado no âmbito material. Diante dessa ação, o Ministério Público tem o dever de agir para o oferecimento da denúncia, com base no princípio da obrigatoriedade.

Em decorrência dessa modificação, cogita-se a ideia de que o Legislador infraconstitucional quis impedir que a vítima tivesse participação direta na demanda, deixando essa responsabilidade apenas ao *Parquet*, o qual tem a função institucional de promover a ação penal pública. Nesse sentido,

essa alteração foi equivocada, e constitui-se em indisfarçável retrocesso na ceara dos crimes contra a dignidade sexual. Com efeito, a ação penal pública condicionada conferia maior coerência à persecução penal do crime de estupro. Se a vítima, maior de 18 anos e capaz, de preservar sua intimidade, evitando o escândalo provocado pelo processo bastava não representar, e ninguém poderia interferir em sua privacidade. Entretanto, se representasse, não precisava de suportar o ônus da constituição de advogado, pois o Ministério Público estava legitimado a oferecer denúncia. Agora, com a ação penal pública incondicionada, pode acontecer de a vítima do estupro optar pelo silêncio, por ser a publicidade do fato apta a lhe trazer ainda mais prejuízos psicológicos e emocionais, e mesmo assim ser instaurada a persecução penal. (MASSON, 2019, p.27).

No mesmo viés, Lopes Júnior, Rosa e Brambilla (2018) afirmam:

Neste ponto pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal. Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a violência afeta diretamente a intimidade e privacidade, além da liberdade sexual. (LOPES JÚNIOR, ROSA e BRAMBILLA, 2018, s/p).

Para Rogério Sanches Cunha (2019, p.548), “[...] igualar todas as formas pelas quais o crime possa ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece ser um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança”.

Nesse contexto, o crime de estupro é de difícil comprovação material, principalmente quando não deixa vestígios ou só se torna possível obterem-se as declarações da vítima sem que haja outros meios que manifestem os fatos. No entanto, se diante apenas do que a vítima possa contribuir com o deslinde do processo e se a sua recusa para tal for expressa por ser um crime de elevado constrangimento, ainda assim ela será objeto de investigação para cumprir uma ordem manifestada pela lei infraconstitucional.

Na mesma linha, ocorrendo a exposição do fato e, ao final do processo, o Estado, por meio da pessoa do juiz, proferir uma sentença que absolva o agente do delito por ausência de provas, por exemplo, o ofendido ficará ainda mais abalado. Dito isso, o doutrinador Cleber Masson traz o seguinte ensinamento:

Pode, inclusive, acontecer de a vítima recusar-se a prestar declarações em juízo, permanecendo em silêncio, e a ela não será imputado o crime tipificado art.342 do CP, pois não é testemunha. Nesse caso, se o acusado negar a imputação, como normalmente acontece, e o fato não contar com nenhuma testemunha, a absolvição será inevitável. Em síntese, o Estado escancarou a privacidade e a intimidade de uma pessoa, já abalada por um delito covarde e de elevada gravidade, e contra a sua vontade, para ao final ser proferida uma sentença absolutória. (MASSON, 2019, p.28).

Para o doutrinador André Estefam,

não se pode ignorar, do ponto de vista legal, que o estupro, como regra, consubstancia infração penal não transeunte, ou seja, que deixa vestígios (*delicta dacti permanentis*), senão da conjunção carnal, da violência por vezes empregada pelo agente. Em casos tais, o exame de corpo e delito torna-se perícia obrigatória (CPP, art.158), embora não indispensável, já que sua falta pode ser suprida por outros meios (CPP, art.167). (ESTEFAM, 2019, p.742).

Há de se lembrar, ainda, do fenômeno da revitimização, pois a vítima deverá reviver o crime em todas as fases pré-processuais e processuais. Por exemplo, após ser abusada, ocorrerá a confecção do boletim de ocorrência, a instauração do inquérito

policial, e ela terá que depor, submeter-se ao exame de corpo e delito e depois à ação penal.

Para tanto:

Não são raros os casos em que a vítima (maior e capaz) sofreu um processo de revitimização seríssimo ao ter que comparecer a um processo penal que ela não queria e não desejava, tudo por conta do antigo modelo de ação penal pública incondicionada agora ressuscitado. Um fato ocorrido muitos anos antes, que agora era presentificado sem que ela quisesse, expondo a constrangimentos familiares (em muitos casos já estava casada e com filhos, sem que tivesse revelado o fato a eles), no local de trabalho (pois precisa faltar para comparecer em juízo) e a levando a um sofrimento que não desejava. Enfim, nesse ponto, o legislador desconsiderou completamente a liberdade da vítima (maior e capaz, sublinhe-se), que agora não mais poderá decidir se deseja levar adiante a perseguição estatal ou não, pois ela poderia preferir não se submeter a exposição (muitas vezes vexatória e humilhante) do processo penal. (LOPES JÚNIOR, ROSA e BRAMBILLA, 2018, s/p).

Feita tais considerações, percebe-se que o art.225 da Lei 13.718/18 está eivado pela inconstitucionalidade material por não respeitar o art.5º, X, da CR/88. No mais, como Rogério Sanches Cunha (2019, p.548) afirma, “o Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima”.

Ademais, o Ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ que trata do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, dedicou um capítulo, em seu voto, para enfatizar a violação a direitos fundamentais das mulheres.

Dentre outros argumentos, o Ministro afirma:

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. [...]toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. [...]Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). (STF, HC 124.306/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 17/03/2017).

Além disso, o mesmo Ministro enfatiza que a autonomia da mulher nada mais é do que o núcleo essencial da liberdade individual e que reflete o direito de ela escolher algo e decidir por si mesma qual rumo seguir na vida e que, tanto ao homem quanto à mulher, é garantido o mínimo de privacidade para viver as suas vontades sem interferência do Estado e da sociedade. (BRASIL, 2017, s/p).

Salienta-se que, no voto, o Ministro faz referência de que a dignidade humana deve ter precedência na maior parte dos casos quando se tratar de choque de direitos. (BARROSO, 2012, p.11).

Assim, partindo do pressuposto de segurança jurídica, a qual é, para Paulo Nader (2014, p.82), “a certeza de que a ordem jurídica se apresenta acessível às pessoas, além de proteger os direitos fundamentais”, não é razoável que a Lei 13.718/18 desestabilize o desempenho do papel da vítima no cenário de promoção da ação penal no crime sexual, tornando esta em pública incondicionada.

Por meio da segurança jurídica, exige-se que o direito objetivo proteja os valores alcançados pelo homem e que não satisfaça apenas o ordenamento que já está farto de comandos normativos. Requer, contudo, um respeito à ordem constitucional, no caso, a obediência aos direitos individuais da vítima no ajuizamento da ação penal, de forma que esses direitos sejam efetivados na prestação jurisdicional, e não eliminados.

Portanto, para solução do presente conflito de normas, é de se aplicar o critério hierárquico pelo qual norma de hierarquia superior prevalece sobre norma inferior; assim, deve-se afastar a incidência do art.225 da Lei 13.718/18 em detrimento do art.5º, X, da Constituição da República. Pode ser aplicado, também, o princípio da proporcionalidade, já que este é o instrumento cabível para resolução do aparente conflito entre os princípios da obrigatoriedade da ação penal e o da autonomia da mulher. Nesse sentido,

examinando mais de perto, percebe-se, então, que o chamado princípio da proporcionalidade se assemelha em tudo a um método de interpretação, na medida em que é capaz e permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional que visa garantir os direitos fundamentais, o Estado de Direito Democrático. E gera a possibilidade de realização de justiça no caso concreto. (NUNES, 2014, p.394).

Diante disso, como bem afirmam Alexandre de Moraes Rosa, Aury Lopes Jr. e Marília Brambilla (2018, s/p), “deve-se evitar, que em nome do bem se promova mais violência, especialmente contra as vítimas, que tiveram ceifada a ação pública condicionada à representação”.

5 Conclusão

Quando se analisa a inconstitucionalidade material do art.225 da Lei 13.718/18 no momento de ajuizar ação penal pública incondicionada no crime de estupro, percebe-se uma maior violação aos direitos fundamentais individuais da vítima. Via de regra, esse crime é de pouca comprovação, embora seja um crime não transeunte, e há pequena quantidade de elementos que formam a culpa do autor do fato delituoso. Assim, a pessoa da vítima ganha espaço na persecução penal, sendo, em vários casos, o único meio de prova do crime, ainda que ela seja desfavorável ao deslinde do processo por estar marcada pelo fato em si ou até mesmo por sentir medo ou constrangimento em publicitar o ocorrido.

O entendimento doutrinário vem no sentido de que a alteração da ação penal nos crimes sexuais foi um retrocesso na medida em que o legislador infraconstitucional quis impedir que a vítima tivesse autonomia para decidir se provoca ou não o Judiciário para a solução do conflito, além de ser uma mudança equivocada, pois a

ação penal pública condicionada é mais coerente nesses crimes, já que preserva a privacidade da vítima e evita escândalos no processo quando ela optar em ficar silente.

Destaca-se ainda que, caso a vítima se recuse a prestar declarações em juízo por sentimento de medo ou traumas, sendo o único meio de prova, não lhe será imputado crime de falso testemunho, já que ela não é testemunha do fato. No entanto, se o autor do crime negar a imputação feita, tem-se grande chance de ser absolvido. Nesse caso, a vítima terá mais uma vez sua intimidade e privacidade esmagadas pelo regime determinado pelo legislador infraconstitucional.

Frisa-se que há incidência do fenômeno da revitimização, no qual a vítima revive o fato delituoso em todas as fases pré e processuais, sendo situações humilhantes e, às vezes, vexatórias, uma vez que ela não tem mais o poder de decisão no momento de instaurar o processo, sendo claro seu papel de mero contribuinte e objeto de investigação, embora havendo o desrespeito a sua privacidade e autonomia.

Nesse sentido, o presente trabalho demonstrou a urgente necessidade de os operadores do direito terem cuidado e capacitação em situações como a exposta, tendo como finalidade a ponderação entre os princípios da ação penal e o da autonomia da pessoa bem como o mínimo de redução possível dos direitos fundamentais individuais da ofendida.

A mudança no regime da ação penal, nesse tipo de crime, exige uma segurança jurídica, de modo que os jurisdicionados se sintam efetivamente protegidos pelo ordenamento e não tenham pavor ao ver seus direitos ceifados. Sendo assim, os direitos inerentes à pessoa previstos na Constituição da República do Brasil, mesmo não sendo absolutos, devem ser observados no seu máximo valor. Nota-se que se deve ter muita cautela nessa matéria, porque, de um lado, tem-se o direito fundamental sendo violado e, de outro, a deflagração da ação penal que também é necessária para a solução do conflito. Contudo, o que se espera é que os interesses da vítima não sejam violados em detrimento dos interesses do Estado

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. 1450 p.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 919, n. 2773, p.127-196, maio 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/RTDoc%2014-09-2019%2015_33%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/RTDoc%2014-09-2019%2015_33%20(PM).pdf). Acesso em: 14 set. 2019.

BIANCHINI, Alice. **O que é "violência baseada no gênero"?** 2016. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4 crimes contra a dignidade sexual**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 693 p.

BRASIL. Lei Maria da Penha. **Lei N.º11.340**, de 7 de agosto de 2006.

BRASIL. Constituição (2009). **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF, 07 set. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (2018). **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe Sobre Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Dá Outras Providências. Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. **Súmula nº 608, de 31 de outubro de 1984**. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Brasília, DF, 29 out.

1984. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=608.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 388.473**. Relator: MINISTRO PAULO MEDINA. 6ª Turma Recursal. Brasília, DF, 07 de agosto de 2003. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101732999&dt_publicacao=15/09/2003. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301, Art. 225, do Código Penal (decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940), na Redação Dada Pela Lei Nº 12015, de 07 de agosto de 2009. /# Decreto-lei Nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. /# Art. 225 - nos Crimes Definidos nos Capítulos I e II Deste Título, Procede-se Mediante Ação Penal Pública Condicionada à Representação. Parágrafo único - Procede-se, Entretanto, Mediante Ação Penal Pública Incondicionada Se A Vítima é Menor de 18 (dezoito) Anos Ou Pessoa Vulnerável. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (CF 103, 0VI). PRESIDENTE DA REPÚBLICA, CONGRESSO NACIONAL. Relator: MINISTRO ROBERTO BARROSO. Distrito Federal, DF, 20 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4301&processo=4301>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. Habeas Corpus nº 124.306, Ementa: Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos Para Sua Decretação. Inconstitucionalidade da Incidência do Tipo Penal do Aborto no Caso de Interrupção Voluntária da Gestaçao no Primeiro Trimestre. Ordem Concedida de Ofício. Impetrante: JAIR LEITE PEREIRA (12819/RJ). Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO. Rio de Janeiro, RJ, 16 de março de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. Publicado em: 31/10/1984.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Constituição (2004). **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Emenda Constitucional nº45. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts.121 ao 361) volume único. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 1056 p.

DIAS, Maria Berenice. **Quando a vítima é mulher**. 2019. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/quando-a-vitima-e-mulher/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts.121 a 234-B). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 861 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1702 p.

HAUSCHILD, Larissa Iara Andres; JOHNER, Marcos Afonso; ALBRECHT, Diego Allan Schofer. **Os delitos sexuais e a Lei 13.718/2018**. 2018. 13 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pesquisa, Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito - Nupedir, Itapiranga, 2018. Disponível em: <http://faifaculdades.edu.br/eventos/MICDIR/XIMICDIR/arquivos/artigos/ART32.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**: direitos e garantias fundamentais. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1525 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 1855 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**: ação processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1159 p.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; BRAMBILLA, Marília. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.718/18**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial (arts.213 a 359-H). 9. ed. São Paulo: Método, 2019. 946 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1504 p.

MENECHINI, Adriano. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual à luz da Lei 13.718/2018: uma breve análise da evolução da ação penal nos crimes sexuais do Código Penal. 2018. **JusBrasil**. Disponível em:

https://adrianosp05.jusbrasil.com.br/artigos/649542992/acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-a-luz-da-lei-13718-2018?ref=topic_feed. Acesso em: 27 abr. 2019.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 379 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 422 p.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Crimes contra a dignidade sexual**: revista, atualizada e ampliada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 222 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito processual penal**: processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1360 p.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 461 p.

O QUE se entende por "vitimização primária", "vitimização secundária" e "vitimização terciária"? 2017. Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/22/o-que-se-entende-por-vitimizacao-primaria-vitimizacao-secundaria-e-vitimizacao-terciaria/>. Acesso em: 26 ago. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**: revista e atualizada: inclui as Leis nºs 12.015/09, 12.033/09 e 12.037/09. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 949 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial - arts. 184 a 288**. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. 622 p.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 461 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1165 p.

A aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais

Application of atypical measures to ensure fulfillment of judicial decisions

Sthéffane Cristina de Sousa Silveira

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: stheffanecristina@hotmail.com

Resumo: O presente artigo discorre sobre a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais, com ênfase no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Nesse contexto, a pesquisa optou por analisar se medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, inclusive nas ações que têm por objeto prestação pecuniária, são meios idôneos a serem aplicados pelos magistrados quando confrontadas com direitos fundamentais elencados na Carta Magna. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente de obras que discutem o assunto. Posiciona-se, assim, favoravelmente à constitucionalidade da atual norma.

Palavras-chave: Medidas atípicas. Poder do Magistrado. Constitucionalidade. Arbitrariedade Estatal. Direitos Fundamentais.

Abstract: This article discusses on the application of atypical measures to ensure compliance with court decisions, with emphasis on article 139, item IV, of the Civil Procedure Code. In this context, the research chose to analyze whether the application of inductive, coercive, mandatory or subrogatory measures, including in the actions that have the purpose of monetary benefit, are suitable means to be applied by magistrates when faced with fundamental rights listed in the Magna Carta. For this, the deductive method was used, from material already published, consisting mainly of works on the subject. It thus positions itself favorably to the constitutionality of the current rule.

Keywords: Atypical measures. Magistrate Power. Constitutionality. State Arbitrariness. Fundamental rights.

1 Considerações iniciais

Ao longo de muitos anos, mais precisamente, quase em quatro décadas, o país e o mundo passaram por tantas transformações, que não seria incorreto dizer que praticamente todos os paradigmas que inspiraram o Código de Processo Civil de 1973 foram revistos ou superados. Dessa forma, existiam diversos motivos que justificavam e impunham a elaboração de um novo Código. Em primeiro lugar, o CPC/1973 passou por tantas revisões (mais de sessenta leis o modificaram), tão substanciais algumas delas, que havia se transformado em uma “colcha de retalhos”, com grande perda sistemática, que, de resto, é o principal atributo que um código deve ter.

Vista a necessidade da criação de um novo código, no dia 16 de março de 2015 foi aprovada e sancionada, em nosso ordenamento jurídico, a Lei nº 13.105, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. Durante sua formulação, foram ouvidas a sociedade e as comunidades jurídica e científica, em geral, por meio de audiências

públicas em todo o país. Especificamente, foram recebidas 260 sugestões e manifestações acadêmicas de todos os segmentos judiciais, da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, passando ainda pelos institutos científicos e faculdades de direito (KÜMPEL, 2014).

Nesse sentido, Fredie Souza Didier Júnior¹, professor da Universidade Federal da Bahia, elogiou o código por ter ouvido todas as partes e ser um exemplo de democracia: “Esse vai ser o primeiro código que começou e vai terminar em período democrático, os outros dois códigos de processo civil (de 1939 e de 1973) foram elaborados em tempos de ditadura, no Estado Novo e no Regime Militar.”

Contudo, há uma norma que tem ocasionado grande celeuma dentro do atual sistema processual. Trata-se do artigo 139, inciso IV, que causou discussão doutrinária e jurisprudencial assídua, dificultando o posicionamento da comunidade jurídica de todo o Brasil. E é com reflexo unicamente neste inciso que a pesquisa se dará. Desta forma, apresenta-se o texto normativo para maior clareza:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (BRASIL, 2015).

Nota-se que o artigo trata do poder concedido ao magistrado para efetivar a sua decisão. A doutrina denomina essa regra como cláusula geral de efetivação das decisões judiciais. Contudo, qual a sua razão de existir?

Pois bem, com o decorrer dos anos, foi constatado que o processo liberal impedia o agir estatal contra o indivíduo, numa verdadeira garantia contra o arbítrio. De tal forma que, advindo sentença condenatória, a satisfação da obrigação dar-se-ia necessariamente através do patrimônio do executado, consagrando-se o princípio da responsabilidade patrimonial. Ocorre que a esperteza humana criava - como ainda hoje sói acontecer - meios de fraudar a execução, tornando-a infrutífera. É o velho "ganhou, mas não levou". Como forma de garantir a efetividade da tutela do direito, autorizou-se que o juiz se valesse de quaisquer meios em direito admitidos, para alcançar a satisfação da obrigação. Isso abriu um leque imenso para a criatividade judicial na busca da adequada e efetiva satisfação do direito.

Nessa senda, os mais arrojados passaram a suscitar a possibilidade de o mencionado artigo 139, IV, fundamentar a adoção de técnicas de execução indireta consubstanciadas na apreensão do passaporte e/ou de carteira nacional de habilitação do executado, na sua proibição de participar de concurso público ou de licitações públicas, no bloqueio de cartões de crédito, na proibição de a pessoa jurídica contratar novos funcionários, entre outras possibilidades.

Assim, perante árdua celeuma, iniciou-se o debate: esses poderes disponibilizados aos magistrados não ferem a democracia? Tal norma confronta

¹ Citação do prof. Fredie Souza Didier Júnior (CPC - PL [8046/10](#), apensado ao PL 6025/05), durante comissão geral que discutiu sobre o Novo Código de Processo Civil no Plenário da Câmara.

princípios fundamentais para a proteção do cidadão, principalmente contra a arbitrariedade estatal? Medidas atípicas estão em consonância com o que sustenta a Constituição Federal? Este aumento drástico de poder disponibilizado aos magistrados não gera um retrocesso para o antigo modelo de socialização processual?

Dessa forma, para alcançar as finalidades colimadas na investigação científica proposta, optou-se pela pesquisa teórica, que foi desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente de obras que discutem o assunto, periódicos e materiais disponibilizados na internet.

O presente estudo teve como norte a definição do que são medidas executórias atípicas, demonstrando, assim, se há necessidade de aplicação delas para garantir o cumprimento de decisões judiciais, além de analisar as delimitações que direcionam o magistrado no momento de aplicá-las, por fim, elenca acerca da constitucionalidade do artigo 139, IV, CPC/15.

2 Conceito de medidas executórias atípicas

Medidas executórias atípicas são um conjunto de possibilidades coercitivas, indutivas, mandamentais e sub-rogatórias, à disposição das partes e do juiz, que não estão especificamente previstas na lei processual. Trata-se, então, de produto do engenho dos advogados, promotores, juízes e outros operadores do direito, para o fim de fazer valer as leis e decisões judiciais (ANDRIOTTI, 2018).

Essas possibilidades são extraídas, em grande parte, de cláusulas gerais presentes no Código de Processo Civil de 2015, dentre as quais a principal é o artigo 139, inciso IV. Porém, a novidade trazida pelo CPC de 2015 não é a existência dessas medidas, mas sim seu âmbito de aplicação, sobretudo porque elas agora podem ser utilizadas para obrigações de pagar também.

Todavia, o referido inciso não é uma completa inovação dos juristas, uma vez que, a consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos já era encontrada no CPC/1973 em seu art. 461, § 5º, que, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução – tanto de execução indireta como de sub-rogação –, valia-se da expressão “tais como”, em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal (ANDREASSA, 2017). Ou seja, a atipicidade dos atos executivos não cuida, como adiantado, de ideia propriamente nova, mas é instituto, de fato, trazido de forma bem mais evidente e elástica pelo Código atual.

Conforme pondera Marcelo Lima Guerra, essa inovação e amplitude do alcance da norma se fizeram necessárias, pois:

é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades (GUERRA. 2003).

Nesse viés, Michelle Taruffo (1990. n. 59 p. 78) já apontava que o direito americano, diante da inefetividade dos meios executivos *at law*, começou a autorizar o

magistrado a tomar medidas executivas adequadas ao caso concreto. Trata-se, afirma o jurista italiano, de aplicação do princípio da adequação, segundo o qual as regras processuais devem ser adaptadas às necessidades do direito material.

3 A necessidade da aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais

A implementação da nova norma ao ordenamento jurídico se fez necessária no momento em que a sociedade já havia evoluído, e as antigas sanções não se adequavam mais, pois se utilizavam de subterfúgios para burlar e fraudar a realização da decisão aplicada. De modo que, anterior à atual norma, os credores, em sua maioria, saíam do processo sem nenhum êxito, isto após já terem passado por todas as opções ordinárias disponibilizadas para obter informações acerca dos bens do devedor, como o *bacenjud*, *renajud*, *infoseg*, diligências em cartórios de imóveis, junta comercial, créditos perante terceiros, etc., sendo estas não efetivas diante das manobras maliciosas que podem advir do devedor.

Assim, a busca pelo cumprimento das decisões prolatadas em sede do processo judicial pressupõe um meio executivo congruente, conforme destacado por Marinoni. Vejamos:

Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos. Diante disso, não há dúvida que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas "iuris dictio" ou "dizer o direito", como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma "função menor". Na verdade, mais do que direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado. (MARINONI. 2006)

Dessa forma, nota-se a necessidade da aplicação do artigo 139, IV, a partir de uma análise profunda e minuciosa do magistrado frente ao caso concreto. Haja vista que, ao mesmo tempo em que o devedor não pode ser tolhido de suas garantias e direitos fundamentais, o credor possui o direito de receber o seu crédito e não pode ser tolhido deste. Até porque aquele credor que é parte em um processo judicial, que se arrasta por anos, no intuito de obter uma forma de suprir o prejuízo ocasionado pelo devedor, bem como os gastos com o processo, acrescidos dos honorários advocatícios contratuais, também está tendo sua dignidade exacerbadamente violada.

Alexandre Freitas Câmara (2016) explica que a execução do CPC/1973 passou por uma crise de ineficiência decorrente do fato de existirem meios tipificados, que se mostram ineficientes para entrega do bem tutelado ao credor e garantem uma superproteção ao patrimônio do devedor. Câmara ensina que a insistência em permitir que o juiz só utilize os meios tipificados gera óbice para garantia da tutela jurisdicional efetiva. Para tentar amenizar esse dano, é necessário que seja permitido ao juiz utilizar

meios atípicos, pelo menos nos casos em que ficar demonstrado que as medidas tipificadas não geram resultado prático.

Nesse mesmo viés, Luiz Guilherme Marinoni (2015) também pontua a aplicação dos meios coercitivos atípicos, em especial para o cumprimento de obrigação pecuniária, donde ensina que a adoção de multa coercitiva nas obrigações pecuniárias, tendo a sua aplicação nas obrigações de fazer, não fazer, e entregar coisa, tem se mostrado eficiente, com o aumento de efetividade das sentenças e redução da carga de trabalho dos juízes, visto que os devedores se sentem compelidos a adimplir o débito sentenciado ao invés de sofrer a multa coercitiva.

Todavia, trata-se de medidas que devem ser aplicadas subsidiariamente, conforme expressa o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que apresenta uma melhor compreensão da norma tipificada:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1o, I e II. (Grupo: Execução)²

Enfim, o artigo 139, IV, do atual Código de Processo Civil foi apenas uma “carta de alforria” para que os magistrados passassem a aplicar sanções efetivas para casos como os de prestação pecuniária, por exemplo.

4 Delimitações que direcionam as medidas tomadas pelos magistrados

Primeiramente, se faz necessário conceituar brevemente e de maneira simples a figura do Juiz, qual seja, um servidor público pago pelo Estado para julgar demandas que chegam às suas mãos, tendo, assim, o poder e o dever de julgar. Porém, nota-se, que o magistrado não julga o que quer, mas sim o que lhe é encaminhado, visando sempre a um fim adequado para ambas às partes.

Assim,

o que lhe importa é adotar a solução mais apta a alcançar os fins colimados, ou seja, os efeitos práticos das decisões, e não a solução formalmente mais lógica, segundo as regras gerais e os conceitos abstratos do direito (...) não estando o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita na tomada de decisões, as quais se fundamentam, muitas vezes, em critérios de conveniência e oportunidade (ROCHA. 1995. p. 133).

Dessa forma, o direito contemporâneo não condiz mais com a mera aplicação das normas secas e frias, apenas tirando-as do papel e aplicando na vida real. Pelo contrário, atualmente o conceito de direito e justiça ultrapassam os liames dos códigos

² V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – V FPPC em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em 17 de abril de 2017.

e leis esparsas, indo muito além, aplicando, pois, a norma contextualizada, com embasamento em princípios e em uma doutrina efetivamente ativa e participativa, sem falar no direcionamento jurisprudencial.

Assim, não encontra espaço em nossa sociedade um Juiz que meramente aplica a lei formal, já que é responsável pelas consequências de sua decisão, e sua consciência o alerta sobre o caminho mais justo socialmente. Consolidando o assunto, Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 80) diz que “um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei”.

Por outro norte, o magistrado é limitado pelo Estado, que exige um processo civil democrático, construído para os jurisdicionados, através de um processo cooperativo (artigo 6º), que se desenvolve com observância de um contraditório prévio (artigo 9º) e efetivo (artigo 10), com todos os sujeitos nele atuando de boa-fé (artigo 5º), sendo tratados de forma isonômica (artigo 7º), no qual se observe a primazia do mérito (artigo 4º) e se produzam decisões verdadeiramente fundamentadas (artigo 11). Ter-se-á respeitado o que consta do artigo 1º do atual CPC, que nada mais é do que a reafirmação do que está à base do modelo constitucional de processo civil brasileiro: o devido processo constitucional.

Além disso, verifica-se que os poderes instrutórios do juiz são subsidiários. Pois, primeiramente, as partes na fase postulatória indicam as provas que serão produzidas, para provarem os fatos que sustentam e já apresentam a prova documental. Após é encerrada a fase postulatória, e o juiz oportuniza às partes a formulação do pedido de provas que sejam úteis e não sejam protelatórias. Caso não sejam suficientes para esclarecer os fatos discutidos na demanda, ou não postuladas pelas partes provas necessárias ao deslinde do feito, o juiz *ex officio* pode determinar as provas que são necessárias para julgar o caso, podendo, por exemplo, ouvir testemunha não arrolada, realizar inspeção judicial, determinar prova pericial, etc.

Portanto, além de seguir o rito processual previamente estabelecido, o magistrado também deve atender a certas finalidades e obedecer a elementos expressos no Código de Processo Civil, como:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão;

Nota-se que o legislador consagrou diversos princípios que deverão ser respeitados no momento da aplicação da norma. E ainda mais contundentes que estes são os direitos fundamentais inafastáveis e que se encontram em nossa Carta Magna, como o princípio do contraditório, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o direito do cidadão e de terceiros, o princípio do Poder Geral de Cautela. Além disso, o magistrado é regido pelos Princípios da Demanda e da

Congruência, razão pela qual, ao proferir suas decisões de natureza antecipatória ou cautelar, bem como o próprio ato de resolução do mérito da demanda, a Sentença deve se ater aos pedidos formulados na Inicial.

Nessa senda, olvida-se dizer que os magistrados possuem delimitações concretas para aplicar o ordenamento jurídico. De modo que a celeuma adotada acerca do poder que a nova norma oportuniza aos magistrados e que geraria certa arbitrariedade estatal e até mesmo uma insegurança jurídica, enfraquece-se ao colidir no dever que o juiz tem de observar o que for menos prejudicial à sociedade e respeitar sempre os direitos fundamentais, não sendo admissível o afastamento desses direitos para que se aplique a nova norma. No mais, os magistrados já utilizam da aplicação extensiva ou por analogia a normas existentes para que elas se adaptem às mudanças da sociedade, ou seja, uma verdadeira interpretação do que melhor se encaixe no caso concreto.

Por fim, o juiz e professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, Fernando da Fonseca Gajardoni, publicou um artigo na rede mundial de computadores, no qual ponderou sobre as delimitações impostas ao cabimento da norma:

[...] a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/15 –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/15), na necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na CF (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc.) (...) (GAJARDONI. 2018)

Portanto, resta demonstrado que a aplicação do artigo 139, inciso IV, além de ser proporcional, dependerá do esgotamento das vias ordinárias, para que assim possam ser utilizadas medidas inominadas e excepcionais.

5 Constitucionalidade da norma

Os resultados obtidos da aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais tratam de uma norma, assim como as outras, que se submete à constituição e que não será aplicada sozinha nem com superioridade à Carta Magna. Logo, ela é regida por inúmeros princípios e normas, e não é aplicada de maneira arbitrária e como bem entende o magistrado. De modo que se faz desnecessário mistificar o artigo em questão, assim como alegar sua inconstitucionalidade, pois existem limites que nenhuma força normativa pode ultrapassá-los.

Primeiramente, a discussão sobre a colisão entre as medidas deferidas pelos magistrados e os princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos, - como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de ir e vir, entre outros, - chamados de direitos (fundamentais) de primeira geração, segundo Norberto Bobbio

(1992. p.6), não se colidem com a atual norma. O nosso ordenamento jurídico constitucional reconhece, no artigo 5º, em seus parágrafos 1º a 4º³, a aplicabilidade imediata de normas definidoras de direitos fundamentais e aquelas que versam sobre direitos humanos. Falando em direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 29⁴, também garante a todas as pessoas naturais dos países signatários o direito de sair, inclusive, do seu próprio país, salvo no caso de ser procurado pela Justiça.

Além disso, é o credor que possui direito subjetivo, especificadamente o direito de receber quantia inadimplida, sendo garantido pela Constituição Federal de 1988 o direito à tutela jurisdicional executiva de forma efetiva, ao contrário do devedor inadimplente, que não tem o direito de inadimplir constitucionalmente assegurado. Por isso, a adoção de medidas executivas atípicas para adimplemento de obrigação pecuniária é constitucionalmente permitida e proporciona ampliação da eficácia executiva do processo.

Por fim, possibilidades como a remoção de pessoas e coisas que naturalmente restringe o direito de ir e vir, o desfazimento de obra, que pode restringir o exercício do direito de propriedade e/ou de posse, o impedimento de atividade nociva, amplo como previsto na lei, podem restringir diferentes espécies de direito. São medidas que já estavam previstas no CPC/1973 e continuam no atual, mas nunca enfrentaram críticas da doutrina por supostamente ferirem direitos constitucionais ou restringirem o exercício de direitos do executado na busca de satisfação de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa.

6 Considerações finais

O presente artigo delineou a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais, concentrando-se na conceituação do que são essas medidas, perpassando pela análise da real necessidade destas possibilidades para a efetivação das execuções, demonstrando assim as delimitações impostas aos magistrados no momento de aplicação da norma e auferindo a constitucionalidade dela, o que possibilitou a construção de um posicionamento sobre o tema.

³ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Artigo 29. Normas de interpretação Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Portanto, motivada pelos próprios princípios processuais do novo diploma (princípio da efetividade que, aliás, tornou-se norma fundamental explícita, pois foi inserida no art. 6º do Código) e frente à relevância desse instituto, conclui-se que a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais são possibilidades idôneas e necessárias ao ordenamento jurídico.

Embora as discussões doutrinárias possam aperfeiçoar o sistema, não se pode negar a verdadeira necessidade da aplicabilidade dessa norma no ordenamento jurídico. De modo que o credor, após transcorrer todos os meios ordinários de cobrança, percorre todo o processo e, alcançando a sentença, não recebe o que é seu por direito, o que gera o enfraquecimento da força executória, que deve ter a decisão do magistrado.

Conclui-se que, de fato, existem arbitrariedades judiciais, mas há também arbitrariedades das partes e de seus advogados. Logo, a questão terá sua melhor resolução num ambiente de cooperação, democrático, em que não há espaço para posicionamentos solitários e voluntaristas dos juízes. Entretanto, se o credor requerer o prosseguimento do feito e o executado criar os mais diversos obstáculos para a efetivação da decisão, então o juiz deve chamar a responsabilidade, para a adoção de medidas de força, com espaço para a criação solitária de medidas legítimas e constitucionais para a efetivação. Contudo, deve haver um balizamento constitucional para o deferimento de medidas de força, com a necessária participação das partes na construção da melhor saída para o caso concreto.

Referências

ANDREASSA, João Victor Nardo. As medidas atípicas do artigo 139, iv do código de processo civil e os perigos de sua má aplicação. **Revista Aporia Jurídica** (on-line) – Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE, 8. ed. v. 1, p. 241 – 250, jul/dez-2017.

ANDRIOTTI, Rommel. **Medidas Executórias Atípicas no processo civil**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/medidas-executorias-atipicas-no-processo-civil/18257>. Acesso em: ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998**. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/const. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de processo civil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Citação do prof. Fredie Souza Didier Júnior (CPC - PL 8046/10, apensado ao PL 6025/05)**, durante comissão geral que discutiu sobre o Novo Código de Processo Civil no Plenário da Câmara. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/447844-COMISSAO-ESPECIAL-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>. Acesso em: 02 jul. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 02 julho 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando. **O novo CPC não é o que queremos que ele seja**. Disponível em: <http://jota.info/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>. Acesso em: 05 out. 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **O novo Código de Processo Civil: breve contextualização**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI208493,11049-O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+breve+contextualizacao>. Acesso em: ago. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. O controle do poder executivo do juiz. **Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, n. 451, 12 jul. 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/87-artigos-jul-2006/4629-o-controle-do-poder-executivo-do-juiz-formato-pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 59, p. 78, 1990.

A tutela da mulher contra atos de violência e a adoção de políticas públicas pelo Estado

The protection of women against acts of violence and the adoption of public policies by the State

Fabiane Batista Araujo

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: araujofabiane12@gmail.com

Resumo: O objetivo da presente pesquisa científica é responder de forma satisfatória sobre a efetividade concreta da aplicação das atuais ações afirmativas no combate à violência contra a mulher, levando-se em consideração, para isso, a existência de diversas políticas públicas destinadas a promover a emancipação feminina frente ao funesto cenário atual. Tem-se que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil adotou um sistema jurídico intransigente às desigualdades sociais decorrentes de data pretérita, especialmente no que se refere à atual posição das mulheres. Mesmo após trinta anos da promulgação da Carta Magna, restou comprovado que a simples previsão legal não é suficiente para o rompimento de barreiras sociais. Ora, para modificar a referida conjuntura, são necessárias ações concretas, planejamentos, bem como programas de curtos e longos alcances. Dentro dessa perspectiva, tem-se como verdadeiro marco a Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha – que trouxe grandes modificações em relação à realidade vivenciada pelas mulheres brasileiras. Por outro lado, diante de um cenário cada vez mais complexo, variável e mutável, discute-se a necessidade de medidas que se mostrem mais eficientes, de forma a possibilitar uma verdadeira autonomia feminina dentro do enredo brasileiro.

Palavras-chave: Políticas públicas. Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Ineficácia.

Abstract: The objective of this scientific research is to respond satisfactorily on the concrete effectiveness of the application of current affirmative actions in the fight against women violence taking into account the existence of several public policies aimed at promoting female emancipation in the face of the dismal current scenario. After the promulgation of the 1988 Constitution, Brazil adopted an intransigent legal system to social inequalities resulting from a past date, especially regarding the current position of women. Even after thirty years of the promulgation of the Magna Carta, it remains proven that the simple legal provision is not enough to break social barriers. Now, in order to modify this situation, concrete actions, planning, as well as short and long-range programs are necessary. Within this perspective, Law n. 11.340 / 06 - Maria da Penha Law - brought great changes in relation to the reality experienced by Brazilian women. On the other hand, in the face of an increasingly complex, variable and changeable scenario, the need for more efficient measures need to be discussed, in order to enable true female autonomy within the Brazilian scenario.

Keywords: Public policies. Violence against woman. Maria da Penha Law. Ineffectiveness.

1 Introdução

A partir de um olhar lançado ao contexto atual brasileiro, podem-se contabilizar alguns avanços em relação à mulher. Todavia, a violência contra o gênero feminino tem se generalizado e tomado grandes proporções dentro do cenário nacional. E isso não é novidade! Tanto é verdade que o Mapa da Violência¹ situou o Brasil na 5ª pior posição na listagem de países com maior índice de homicídios de mulheres: 4,8 assassinatos a cada 100.000 (cem mil) pessoas do sexo feminino.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão do Poder Judiciário e com natureza exclusivamente administrativa, através de um conjunto de dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, também destaca a ascensão de demandas referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando duvidável a efetividade das atuais políticas públicas em favor da tutela destas.

Ao considerar os dados divulgados pelo CNJ concernentes aos índices de violência contra a mulher, torna-se relevante a temática do presente trabalho para questionar quais seriam as medidas já adotadas pelo Poder Público, com vistas à tutela da mulher contra atos de violência. Urge a necessidade de analisar se as medidas já adotadas seriam realmente eficazes para alterar a realidade concreta ou, se há, no presente contexto, um verdadeiro quadro de inércia por parte das instituições públicas.

A partir dessa problemática, teve-se como meta realçar que a (re)construção do Estado Democrático de Direito, em 1988, impôs ao Poder Público, bem como às entidades da sociedade civil organizada e aos cidadãos em geral, uma releitura de discursos, tal como o patriarcalismo, que impedem ações destinadas a viabilizar os direitos e garantias fundamentais direcionados às mulheres. Sobre o patriarcalismo, frisa-se:

[...] a estrutura do patriarcado remete a uma relação de base material, que se corporifica em cunho civil, hierárquico, entre homem-mulher, perpassando todos os espaços da sociedade, e conferindo direito ao homem de subjugar o sexo feminino – “uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência” [...] (SAFFIOTI, *online*).

Ressalta-se ainda a visão de Mary Garcia Castro (2000, *online*), sobre o referido assunto:

Cabe reforçar que o patriarcado constrói-se a partir da imagem que as sociedades elaboram sobre masculino e feminino, ou seja, sobre como é construída a concepção de gênero. Sabemos que uma construção social ocorre a partir da materialidade, e é sustentada por atividades que abrangem instituições públicas, privadas e também na micropolítica das relações.

¹ Os países que mais registraram assassinatos de mulheres foram El Salvador (8,9 assassinatos a cada 100 mil mulheres), Colômbia (6,3), Guatemala (6,2), Rússia (5,3), Brasil (4,8) e México (4,4). Mapa da Violência, 2015, p. 28.

O presente tema foi delimitado no sentido de abarcar tão somente a efetividade das políticas públicas utilizadas no combate à violência contra a mulher, no tocante à tutela dos direitos fundamentais destinados a elas.

Foi adotada como metodologia a pesquisa teórica, pautada no método dedutivo. Utilizaram-se técnicas de pesquisas de monografias, artigos científicos, teses, dentre outras fontes correlatas.

2 A tutela dos direitos fundamentais por meio da implantação de políticas públicas

Na contemporaneidade do Direito brasileiro, percebe-se, cada vez mais, a preocupação do Ordenamento Jurídico com a defesa dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 é um marco em relação à tutela dos direitos fundamentais no Brasil, sendo chamada inclusive de “Constituição Cidadã”. As suas normas, de maioria com vetor axiológico, são responsáveis por embasar e controlar a validade de todas as demais normas do Ordenamento Jurídico.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que não tem força normativa, mas traça um ideal interpretativo, já deixa clara a preocupação do Constituinte Originário em garantir o exercício dos direitos fundamentais a todos, pois, assegura a igualdade como um valor supremo de uma sociedade que se pretende fraterna, plural e sem preconceitos.

Ademais, os títulos I (Dos princípios fundamentais) e II (Dos direitos e garantias fundamentais) da CF/88, descrevem, com riqueza de detalhes, princípios e garantias fundamentais que devem ser observados por todos, principalmente pelo Estado Democrático e de Direito constituído.

Mais precisamente, o artigo 5º da Constituição Federal determina a igualdade de todos perante a lei, a ser abolida toda forma de distinção. E, mais, dentro de uma ótica incisiva, expõe a Constituição, no inciso I, do mencionado artigo 5º, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A Constituição de 1988, em alto e bom som, materializa, para além de uma concepção formal, uma igualdade material. Sabe-se que, na maioria das vezes, as previsões constitucionais são tidas como programáticas, isto é, ao invés de regular direta e imediatamente determinados interesses, limita-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (Legislativos, Executivos, Jurisdicionais e Administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Por isso, torna-se importante a implantação, com efetividade, de políticas públicas através do Poder Executivo e, até mesmo, com a cooperação dos Poderes Legislativo e Judiciário, como meio de atribuir a eficácia da tutela constitucional dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

De acordo com Bucci (2002, p. 241):

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas

são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Na visão da Bucci (2002), através das políticas públicas são distribuídos e redistribuídos recursos e bens públicos. O direito coletivo fundamenta as políticas públicas, haja vista que são de competência do Estado, além de que envolvem relações de antagonismo e reciprocidade entre a sociedade e o Estado. Em relação às políticas públicas, a palavra política tem significado específico, refere-se a estratégias, ações coletivas ou planos, os quais têm por finalidade o atendimento das legítimas demandas e necessidades sociais.

No que concerne à palavra pública, esta não se identifica unicamente com o Estado; entende-se também como uma coisa de todos, comprometendo-se, assim, concomitantemente, a sociedade e o Estado. Os serviços públicos são distribuídos e redistribuídos através dos programas desenvolvidos pelas políticas públicas, de acordo com a demanda social. Para uma melhor gestão dos recursos e efetividade destes, todas as ações governamentais, juntamente com as políticas públicas, devem verificar as primazias das mulheres, de forma a atender as suas necessidades específicas sobremodo eficaz e integradamente (BUCCI, 2002).

No entendimento de Helvécio Damis de Oliveira Cunha (2017, p. 77), as políticas públicas, também denominadas políticas sociais, são:

as estratégias e ações realizadas de forma organizada pelos Estados nacionais, baseando-se nas suas políticas de Estado, cuja finalidade é a da promoção do desenvolvimento social, econômico, laboral e humano das pessoas pertencentes as classes sociais menos favorecidas ou excluídas.

Como sinônimo de políticas públicas/sociais, têm-se as denominadas ações afirmativas. Esse termo que inicialmente foi utilizado pelo presidente John F. Kennedy, em 1961, dentro do contexto norte-americano, encontrou abrigo no âmbito da literatura constitucional brasileira.

Um dos primeiros registros que podem ser contabilizados a respeito da discussão no Brasil acerca do que hoje pode se chamar de ações afirmativas, foi quando, em 1968, técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se favoráveis à criação de uma lei que obrigassem as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados negros.

Ações afirmativas equivalem-se a políticas sociais, pois têm o desígnio de permitir a igualdade material a grupos minoritários e, assim, amortizar as desigualdades.

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2003, *online*).

Nessa seara, têm-se ainda as considerações de André Ramos Tavares (2013, *online*), o qual conceitua que:

As denominadas “ações afirmativas” compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, grosso modo, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos. Trata-se de tema que tem ocupado posição central na pauta das ações políticas de diversos governos, demandando engenhosas soluções jurídico-políticas.

Nota-se que não basta que as normas assegurem direitos fundamentais. É necessário haver efetivação desses direitos através de programas que diretamente auxiliem a população e que, por exemplo, diminuam as desigualdades sociais, estas responsáveis pela manutenção de outros problemas da sociedade, como criminalidade, desemprego.

No Brasil, verifica-se desde sempre grande descaso em relação à efetivação de políticas públicas destinadas à mulher. A implantação das primeiras ações públicas direcionadas às mulheres brasileiras em situação de violência somente ocorreu a partir da pressão desenvolvida pelo movimento de mulheres na década de 1970. Esse movimento foi fundamental para o processo de mudança legislativa e social, principalmente nas propostas de políticas públicas.

Segundo as orientações ora mencionadas, em 1980, criou-se, em São Paulo, um serviço de denúncia e amparo às mulheres em situação de violência doméstica, o qual foi essencial para que, a partir de então, ficasse evidenciado ser este um fenômeno que atingia todas as raças, classes, orientações sexuais e gerações, demonstrando possuir um caráter universal, além de apontar um “silenciamento” social em relação a tal tema.

O então denominado *S.O.S. Mulher* demonstrou que as visões sobre esse fenômeno eram muito diferenciadas entre as mulheres que ligavam e as que atendiam, principalmente por serem de camadas sociais diferentes. Apesar de terem consciência da opressão que sofriam, as mulheres pareciam entendê-la como congênita, sendo necessário atentar para as particularidades de cada história de violência para não fundamentar cada ato violento de forma genérica.

Posteriormente, no ano de 1985 é criada a primeira Delegacia de Polícia de Atendimento à Mulher em São Paulo e, nos anos seguintes, foram criadas as referidas Unidades em vários estados do país. Hoje, essas unidades policiais são chamadas de Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAM), efeito das discussões do movimento de mulheres e da realidade violenta em que se encontravam e ainda se encontram. Estas, antes escondidas entre quatro paredes, agora passam a fazer parte da agenda pública.

Como forma eficiente de usufruto de direitos, as políticas públicas devem ter um caráter integralista e sensível à questão de gênero, para melhor atender as demandas femininas. Afinal, a igualdade entre mulheres e homens na sociedade sempre foi fruto de uma constante luta transpassada por outras questões sociais ligadas às classes minoritárias. Para alcançar essa igualdade, que, apesar de juridicamente garantida, não se tornou real, buscam-se nas políticas públicas o atendimento e a satisfação das necessidades das mulheres no sentido de possibilitar uma efetiva equidade social.

Ingo Sarlet *et. al* (2017) afirmam que as políticas de ações afirmativas têm particular relevância para consolidar a igualdade real no âmbito dos direitos fundamentais. Salienta-se que este, inclusive, é um imperativo constitucional, pois, em vários momentos de seu texto, a Carta Maior impõe ao Poder Público a promoção de medidas que possam reduzir as desigualdades. Tal imposição constitucional atribui aos entes governamentais o dever de adotar políticas de ações afirmativas na tentativa de minimizar algumas “desmedidas”, uma vez que, em caso de descumprimento de ordens constitucionais diretas, estará configurado um estado de omissão do Poder Governamental.

Tendo em vista o caráter provisório de tais ações afirmativas do Estado, é de suma importância que o debate acerca do tema seja sempre atualizado, já que a imposição das referidas ações advém de uma ausência de efetividade real na esfera dos direitos fundamentais direcionados à mulher, que, por questões de diversos aspectos, mantém lacunas que o Poder Público deve preencher, mesmo que atualmente de forma temporária.

3 A mulher como foco da tutela estatal contra atos de violência: as múltiplas formas de violência contra a mulher e a avaliação dos dados do CNJ

De acordo com o Relógio da Violência, do Instituto Maria da Penha (2019), o qual é atualizado em tempo real, a cada 2 (dois) segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal no Brasil. Um assédio no local de trabalho, um estupro, um assassinato, uma mutilação. Outras podem estar sendo brutalizadas, barbarizadas ou vivendo sob a ameaça. Os dados da ONU Mulher (2015) informam que há um esmagador segmento de mulheres que se encontra submetido ao estresse de viver sob um sistema normalizado pelo masculino patriarcal hegemônico e heteronormativo, que as mantém debaixo de restritos controles, incertezas e ameaças constantes. Os dados trazidos pelo Mapa da Violência de 2015 são pródigos de exemplos.

Buscando conceituar referido preceito, tem-se a definição de violência como modernista. Confira-se:

Estamos testemunhando a violência que eu chamaria modernista, porque se funde com a forma indistinguível do poder e assume aspectos tão extremos que não é mais "um instrumento", mas uma forma ('assustadora') de poder, isto é, um fim em si. [...] o traço 'qualificante' da violência modernista é o fato de que não é uma ferramenta, mas em si um poder, uma força social que estrutura as relações entre os inimigos e modela culturalmente os corpos das vítimas e dos agressores. Ela "escapa a lógica de meios e fins", alimenta-se de si mesmo e não é raro (ou acidental), ela se transformar em crueldade. (BALIBAR, 1992, *apud* CORRADI, 2009).

No intuito de traçar um debate sobre as ações afirmativas do Poder Público em prol da defesa às mulheres, é preciso trazer à tona são as formas de violência contra a mulher.

3.1 Tipos de violência contra a mulher

O art. 7º da Lei nº 11.340/2006, “Maria da Penha”, classifica como (5) cinco os tipos de violência contra a mulher, sendo estes: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

A violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, sendo mais comumente realizada através de tapas, socos, chutes, empurrões, perfurações, queimaduras.

A violência psicológica, por sua vez, é entendida como qualquer atitude que cause dano emocional e diminuição da autoestima da mulher ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, sendo considerada também como aquela conduta que vise degradar ou controlar as suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência sexual compreende uma variedade de atos ou tentativas de relação sexual sob coação psicológica ou fisicamente forçada, no casamento ou em outros relacionamentos. A violência sexual é cometida, na maioria das vezes, no âmbito da sociedade conjugal, pelo esposo ou companheiro, o que contribui para a sua invisibilidade.

Esse tipo de violência acontece nas várias classes sociais e nas diferentes culturas. Diversos atos sexualmente violentos podem ocorrer em diversas circunstâncias e cenários. A violência sexual é entendida como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

A violência patrimonial se vale de qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos da mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

A violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria praticadas contra a mulher. A violência psicológica, apesar de não deixar marcas físicas evidentes, é uma forma grave de violação aos direitos das mulheres, exatamente porque agressões acabam por causar dano emocional ou prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação da mulher; diminuição, prejuízo ou perturbação ao seu pleno desenvolvimento, constrangimento, humilhação.

Torna-se importante frisar que a violência moral, na maior parte dos casos, antecede a violência física, sendo um processo gradativo. Começa, por vezes, com um simples xingamento e, posteriormente, transforma-se em verdadeiro impedimento à liberdade da mulher, a violências físicas e, por fim, a cruéis assassinatos.

Apesar da recorrência desses casos, a maioria das mulheres não acredita que o parceiro possa agredi-la fisicamente. A vítima entende a violência moral como um acontecimento isolado, o qual, supostamente, não ocorrerá novamente. Por outro lado, como salientado, tal fato poderá evoluir para uma agressão física. Daí vem a necessidade de comunicar as autoridades policiais a ocorrência de qualquer tipo de violência ocorrida no ambiente doméstico e familiar, de forma que crimes possam ser evitados e as vidas das mulheres possam ser salvas.

3.2 Análise entre os dados colhidos pelo CNJ e fatores inibitórios que prejudicam a comunicação dos atos de violência no ambiente doméstico

O CNJ, órgão do Poder Judiciário e com natureza exclusivamente administrativa, através de um conjunto de dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, destaca a ascensão de demandas referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher, de forma a colocarem pauta a real eficácia das políticas públicas destinadas à mulher e a relação entre os dados comunicados e o real número de casos de violência existentes no ambiente doméstico.

Dados recentemente divulgados pelo CNJ identificaram um aumento de 12% (doze por cento) na quantidade novos casos de violência doméstica contra a mulher entre os anos de 2016 e 2017². Tais estatísticas, apesar de serem expedidas por Órgão Público, não é de total exatidão, sendo importante enfrentar que, apesar do número de denúncias por violência doméstica ter aumentado após o advento da Lei Maria da Penha, a falta de preparo do Poder Público em receber a denúncia e desenvolver uma rede de apoio à mulher, além do vínculo emocional da vítima com o agressor, são fatores que ainda inibem muitas mulheres a denunciarem, o que acaba por prejudicar a relação de dados colhidos pelas instituições governamentais e o que de fato ocorre dentro do ambiente doméstico.

O decréscimo nas taxas de violência no ano de aplicação da Lei Maria da Penha(2006) e o subsequente aumento dessas mesmas taxas nos anos seguintes indicam que as políticas atuais necessitam de constante monitoramento para a efetiva mudança no quadro de violação dos direitos das mulheres.

Considerando a ineficácia da Lei Maria da Penha, o trabalho de Garcia *et al* (2013) aponta para a necessidade de esforço contínuo para que uma medida legal promova uma mudança cultural, assim, uma atuação coordenada e efetiva entre os serviços de atendimento à mulher vítima de violência é o passo essencial para eficácia dessa Lei. Outro fator ressaltado no trabalho para explicar a sua não efetividade consiste na demora em que as medidas punitivas são implementadas, o que gera a sensação de impunidade e estimula a ocorrência de ações violentas.

² Em 2017, ingressaram nos tribunais de justiça estaduais do país 452.988 casos novos de conhecimento criminais em violência doméstica contra a mulher, número 12% maior que o verificado em 2016, quando 402.695 casos novos foram registrados. O TJSP apresentou o maior volume, com 67.541 casos novos; o TJRS veio na sequência, com 66.355 processos; o TJMG, em terceiro lugar, com 47.320; o TJRJ, em quarto lugar, com 46.340 processos. Fonte: Conselho Nacional de Justiça / Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2018.

O assunto é tão sério que se deve analisar, inclusive, os motivos pelos quais tantas mulheres lesionadas optam por não noticiar o fato às autoridades competentes. Segundo Sandro Carvalho Lobato e Joaquim Henrique de Carvalho Lobato (2008, *online*), a partir do momento em que a vítima “deixa pra lá” e escolhe a não persecução penal de seu agressor, surgem as chamadas “cifras negras”. Essas cifras possuem diversos fatores, conforme estabelece os mencionados autores:

Medo de vingança ou represálias, falta de confiança na atuação da polícia, falta de confiança no sistema penal brasileiro, a sensação de que a impunidade é a regra no Brasil, o entendimento de que determinados conflitos são de natureza "doméstica" (âmbito privado) e que por isso não devem ser expostos ao público, a influência de amigos, familiares etc. que tendem, muitas das vezes, a minimizar o ocorrido, a angústia da sensação de insegurança, a vergonha etc.

Percebe-se, por oportuno, que uma das grandes causas que inibem a comunicação dos atos de violência no ambiente doméstico é a então revitimização, a qual consiste na violência institucional, traduzida na persecução penal do infrator. De plano, a ofendida se imprime em um mundo de dor, impotência, culpa, lembranças, insegurança, retardamento e medo, ocasionados pelo sistema jurídico. Aqui, surge a chamada vitimização secundária.

A vítima sofre, com frequência, um severo impacto 'psicológico' que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autoculpabilização, os complexos etc. (MOLINA, 2002, p. 93, *apud* LOBATO; LOBATO, 2008).

A vitimização secundária pode ser entendida como aquela causada pelas instâncias de poder, desdobrando-se desde a fase inquisitiva até a fase judicial. Além de suportar os dramas decorrentes do delito, a vítima é colocada frente às autoridades competentes por investigar, processar e julgar tais crimes. Como exemplos desse tipo de vitimização, cita-se a ausência de atendimento especializado às ofendidas em Delegacias de Polícia e perante o Poder Judiciário.

Por ser ocasionada pelo Estado, a vitimização secundária pode ser remediada através de políticas públicas. É de se consignar que, não raras as vezes, a vítima enfrenta todas as adversidades sozinha, carente de instrução profissional (ANDREUCCI, 2018).

Como bem afirmou Barros (2008), o estudo da vitimização desdobra-se desde o cometimento do fato até o decorrer da persecução criminal. Assim, pode-se compreender que a dor da vítima não ocorre apenas no momento do delito, mas, também, durante todas as fases subsequentes. Para finalizar, é imprescindível que as transformações sejam proporcionais ao delito e que essa medida se estabeleça com base na importância social do fato delituoso.

4 A ineficácia da Lei Maria da Penha ante a ausência de políticas públicas

A violência doméstica contra a mulher constitui uma problemática que atinge toda a população independentemente da classe social, raça ou etnia. Os valores adquiridos do sistema patriarcal continuam sendo reproduzidos e ainda reconfigurados de acordo com o momento histórico em que estão inseridos.

Diante da forte pressão dos movimentos feministas e posterior movimento de cunho internacional, resultaram acordos e tratados em prol das mulheres, tendo em vista que a sociedade não obtinha êxito em erradicar o problema da violência doméstica contra a mulher.

A fim de remediar a situação, após a intervenção internacional, como ora mencionado, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Essa Lei se apresentou dotada de características protetivas, visando efetivar a igualdade prevista na Constituição Federal e, de fato, proteger as mulheres vítimas de violência doméstica.

Não há dúvidas acerca dos benefícios trazidos pela Lei nº 11.340/06, porém, sem uma fiscalização realmente eficiente e eficaz, as medidas protetivas de urgência não garantem a proteção integral da vida da mulher em situação de violência, nem de seus dependentes, o que leva a ocasionar um sentimento de impunidade no agressor.

A Lei nº 11.340/06 veio com o intuito de corrigir uma perversa realidade, agravada pela falta de uma legislação própria, assim como pelo tratamento inadequado que as mulheres recebiam ao dirigir-se à delegacia em busca de socorro.

Apesar do grande avanço trazido com a implantação da Lei Maria da Penha, as mulheres ainda se mostram silentes ante a impunidade de seus agressores. Até então, casos em que fossem concedidas medidas protetivas de urgência em favor da vítima trariam apenas consequências cíveis (multa) e processuais penais (prisão cautelar) ao agressor caso este as descumprisse, não sendo configurado, de fato, nenhum crime.

Essa realidade só veio a ser modificada através da inclusão do art. 24-A, incluído pela Lei 13.641/2018. Essa Lei alterou a Lei Maria da Penha e passou a prever como crime a conduta do agente que descumprir a medida protetiva imposta.

A título preliminar tem-se que a implantação da Lei Maria da Penha foi um importante passo na proteção dos direitos da mulher e possibilitou o aumento das denúncias. Além disso, o próprio escopo legal, caracterizado pela imposição de medidas severas atua no sentido de desestimular a ação criminosa, mas, ainda existe, sem dúvidas, um problema social que precisa do envolvimento da sociedade civil e da atuação política coordenada, com medidas efetivas de redução dos índices de violência.

Em uma análise acerca da disposição da referida lei, verifica-se que tal legislação adotou um caráter preventivo nas medidas instituídas, vez que, quando implementada ao Ordenamento Jurídico, a violência sofrida pelas mulheres no ambiente doméstico não era reconhecida com a sua devida gravidade. Por esse motivo, apesar de se estar diante de situações que devem ser remediadas, como as diversas agressões sofridas pelas mulheres brasileiras no ambiente doméstico, as medidas da mencionada lei acabam por ser ineficazes por ainda tentarem prevenir depois de já ocorridos crimes contra a dignidade e integridade da mulher.

Em outros termos, mulheres estão sendo mortas e agredidas no lugar em que mais deveriam se sentir protegidas, e apesar do intuito da criação da aludida lei ter sido esse, o legislador peca quando deixa de instituir medidas hábeis a reprimir com efetividade as agressões e perversidades praticadas pelos agressores. A Lei nº 11.340/2006 foi instituída justamente com o intuito de combater o tratamento inadequado e a violência sofrida pelas mulheres no ambiente doméstico, entretanto se enxergam nesta Lei atos apenas preventivos em relação às supostas agressões, o que acaba por impedir a efetividade real das suas medidas previstas.

Ao realizar uma breve análise da Lei nº 11.340/2006, observa-se que a finalidade da Lei Maria da Penha é justamente proporcionar instrumentos que “coibam, previnam e erradiquem” a violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a garantir a sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial. Nesse sentido, verifica-se uma ausência de instrumentos jurídicos que possam reverter a violência sofrida pelas mulheres depois que de fato ela já ocorreu.

O caráter preventivo previsto na Lei Maria da Penha é de extrema valia e deve ser considerado como um complemento às medidas repressivas que necessitam ser instituídas a fim de erradicar a violência sofrida pelas mulheres brasileiras. Pode-se dizer que o momento de se prevenir não é mais pela aplicação desta Lei, pois, quando esta precisa ser utilizada, mulheres já foram agredidas e, até mesmo mortas, no ambiente doméstico, não cabendo mais nenhum tipo de prevenção nesse aspecto.

Grande parte desse “descaso” em relação à situação impune em que os agressores se mantêm mesmo após cometer diversos tipos de crimes contra as vítimas se deve ao fato de os agentes estatais e de parte da sociedade ainda não terem total compreensão da gravidade da violência sofrida pelas mulheres brasileiras no ambiente doméstico. Por uma questão cultural, social, machista e patriarcal, a violência de gênero ainda é sutilmente reconhecida como de fato um problema que demanda políticas efetivas para o seu enfrentamento, e por esse motivo deve ser trazida à tona e reconhecida como a atrocidade que é, para que, só assim, talvez um dia, seja erradicada.

5 Políticas públicas destinadas à tutela da mulher contra atos de violência

Recentemente, têm-se visto diversas propostas acerca da implementação de novas políticas públicas que tracem medidas repressivas e sanções direcionadas aos agressores de mulheres vítimas de violência no ambiente doméstico. Acerca disso, é de grande valia a discussão pertinente a algumas delas.

A Lei Complementar 131/2018 foi aprovada pelo Senado e transformada em norma jurídica na data de 18/09/2019. A lei acrescenta três parágrafos ao artigo 9º da Lei Maria da Penha. O primeiro determina que o agressor deverá ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir o Sistema Único de Saúde (SUS), pelos custos do atendimento prestado à vítima. O segundo parágrafo dita que o agressor também deverá ressarcir os custos com os dispositivos de segurança usados em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência ou familiar.

O ressarcimento feito pelo agressor, segundo o terceiro parágrafo, não importará ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes e nem

servirá como atenuante ou substituição da pena aplicada. O projeto ainda passará por votação final na Câmara dos Deputados, mas caminha para sua real aprovação.

No mês de março do corrente ano, o plenário do Conselho Federal da OAB aprovou a edição de uma súmula para tornar casos de agressões e violência contra a mulher fatores para impedir a inscrição de bacharéis em Direito nos quadros da OAB.

O pedido de edição de súmula para estes casos foi feito pela Comissão Nacional da Mulher Advogada, por meio de uma Consulta ao Plenário do CFOAB, sobre os quesitos de idoneidade moral para a obtenção da inscrição como advogado.

O relator do caso, Conselheiro Federal Rafael Braude Canterji (OAB-RS), apresentou o seu voto no sentido de que a violência contra a mulher, ainda que em casos pendentes de análise do Judiciário, é sim um fator que atenta contra a idoneidade moral para fins de aceitação nos quadros da OAB.

A seguir, a redação da súmula:

SÚMULA 09/2019

Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. A prática violência contra a mulher, assim definida na “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – ‘Convenção de Belém do Pará’ (1994)”, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel de Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.

Ainda como novidade no corrente ano, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) aprovou no dia 08/08/2019 quatro projetos que aumentam as punições para agressores enquadrados na Lei Maria da Penha. A votação restou favorável ao impedimento de nomear agressores domésticos para cargos públicos; à indenização por danos morais a agredidas; à obrigatoriedade de o agressor frequentar reabilitação; e ao sigilo obrigatório para todos os processos criminais e cíveis abertos com base na Lei Maria da Penha.

Primeiramente, foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos o projeto que prevê o pagamento de indenização por danos morais decorrentes de prática de violência contra a mulher (PL 1.380/2019). Esse pagamento pode ser determinado pelo juiz entre as medidas protetivas de urgência, independentemente de instrução probatória.

Pelo texto original do referido projeto, a vítima poderá fazer um pedido expresso de indenização ao juiz, independentemente da apresentação de provas sobre a violência praticada. Além dessa indenização, o depósito judicial de uma caução provisória por perdas e danos materiais deverá ser inserido no rol de medidas protetivas de urgência a serem determinadas pela Justiça.

A segunda proposta aprovada pela CDH tornou obrigatório o sigilo de Justiça para processos sobre violência doméstica e familiar contra a mulher (PL 1.822/2019). Atualmente, esse sigilo depende da avaliação do juiz, salvo as exceções estabelecidas em lei.

Na apresentação do projeto, o senador Fabiano Contarato (Rede-ES) afirmou que a publicidade nos processos que envolvem a violência doméstica e familiar contribui para a revitimização da mulher, vez que a expõe a constrangimento social, situação

agravada pelos recursos tecnológicos que praticamente impossibilitam o resguardo de sua intimidade e a proteção de sua vida íntima.

No mesmo ato, a CDH aprovou o Substitutivo da Câmara (SCD 11/2018) ao projeto de lei (PLS 9/2016), o qual obriga agressores de mulheres a frequentar centros de educação e de reabilitação por decisão judicial.

A matéria já tinha sido aprovada pelo Plenário do Senado, mas como os deputados incorporaram mudanças ao texto, o conteúdo retornou para análise na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado.

A Lei Maria da Penha já estabelece que, entre as medidas de proteção à mulher agredida, estão a separação do agressor e o afastamento da vítima do lar, sem prejuízos aos direitos de bens, guarda de filhos e alimentos.

Como relator, o senador Arolde Oliveira (PSD-RJ) considerou em seu voto que as mudanças promovidas pela Câmara não modificaram o propósito do projeto original. “O substitutivo também acrescentou entre as medidas protetivas de urgência, o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio”, exemplificou.

Para Arolde Oliveira (2019, *online*):

a frequência a esses grupos de apoio e reeducação não apenas contribui para reduzir as reincidências, mas, concorre também para a proteção emocional do próprio agressor, que terá oportunidade de se reeducar para conviver melhor com a sociedade em geral e com sua família em particular.

As três primeiras propostas seguem para ser votadas pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Já o SCD 11/2018 seguirá direto para o Plenário do Senado.

Por fim, a inclusão da Lei 13.827/19 alterou a Lei 11.340/2006 para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Insta salientar que o inciso II, do art. 2º da referida lei, estabelece que o delegado de polícia poderá autorizar a aplicação de medidas protetivas de urgência apenas quando o município em questão não for sede de comarca, ou pelo policial quando o município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Nas hipóteses apresentadas, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. Nos casos em que o Município for sede de comarca, a situação permanece como antes, sendo assim, dependente de autorização judicial.

Outra novidade trazida pela recente alteração na Lei Maria da Penha envolve a liberdade provisória do agressor. Ela não será mais concedida nos casos que envolvem risco à integridade física da mulher ou à efetividade da medida protetiva de urgência. A orientação está disposta no §2º do art. 12-C da Lei 13.827/19.

Sobre a referida alteração, salienta-se que esta trouxe alguns benefícios para a mulher vítima de violência doméstica. Em uma análise mais criteriosa, apesar de a Lei Maria da Penha estabelecer diversos critérios de proteção para a vítima de violência, não se via real efetividade nas medidas protetivas de urgência concedidas em favor da ofendida. Antes da implementação da referida lei, ao ser comunicada da situação de risco ou violência ocorrida no ambiente doméstico, a autoridade policial deveria comunicar o fato ao juiz no prazo de 48 horas. O magistrado tinha ainda mais 48 horas após receber a denúncia para decidir sobre as medidas cabíveis.

Na prática, ainda que o juiz determinasse que iria conceder as medidas protetivas requeridas, a situação de risco em que a vítima se encontrava tinha grandes chances de se tornar em um crime ainda mais grave. Tal risco existia justamente pelo fato de que, na maioria dos fatos, após as supostas agressões ou ameaças, a vítima voltaria para casa e conviveria com o agressor por pelo menos mais quatro dias. Segundo dados apurados, esse ínterim era mais que suficiente para que agressões ainda piores ocorressem.

Torna-se possível afirmar que não havia, de fato, uma proteção eficaz por parte das autoridades competentes, mesmo se tratando de medidas de urgência que deveriam servir como resposta a uma situação de risco enfrentada pela vítima de violência doméstica. A mulher, antes da citada alteração, ficava totalmente vulnerável e exposta a novas agressões ou ameaças, já que se valia de um sistema ineficaz para lhe proteger.

Com o advento da Lei 13.827/19, essa realidade foi transformada. Em resumo, agora o próprio delegado de polícia pode aplicar de maneira provisória o afastamento imediato do agressor do lar. Na ausência de delegado de polícia responsável, o próprio policial que atende a ocorrência pode determinar esse afastamento, como forma de não retardar a situação. Obrigatoriamente, após a determinação provisória concedida pela autoridade policial, a decisão passará por deliberação judicial posterior, como já acontece nos casos de prisão em flagrante. Tais medidas tratam-se, portanto, de opções que intimidam e afastam desde já o agressor.

É importante salientar que a medida protetiva aplicada pelo delegado de polícia ou policial não enseja a configuração das punições previstas no art. 24-A da Lei 11.340/2006 se houver o descumprimento desta. O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência somente resta configurado quando o agente descumprir decisão judicial responsável por deferir tais medidas. Na novidade trazida pela Lei 13.827/2019, como a aplicação dessas medidas não ocorreu através de decisão judicial, o descumprimento destas não acarreta a prática do referido crime.

6 Conclusão

Apesar de poderem ser contabilizados avanços direcionados à proteção das mulheres, destaca-se que o cenário atual ainda é omissivo frente às desigualdades vivenciadas por elas. A realidade brasileira, nesse sentido, padece de políticas públicas que efetivem uma verdadeira ruptura com a velha estrutura.

Longe de possibilitarem uma perspectiva real e emancipatória da mulher frente ao seu papel dentro da sociedade moderna, as mudanças ocorridas através de legislação, como a Lei Maria da Penha, as quais foram apresentadas em parte no presente trabalho,

apesar de serem importantes, não são suficientes. Essas legislações, por si mesmas, não têm o poder de quebrar paradigmas.

É difícil construir um presente diverso com tanto passado institucionalizado. Porém, a partir disso é que se deve pensar em processos de conscientização coletivos que visam à construção de uma realidade diferente. Essa construção perpassa também por projetos políticos que levem em consideração o descaso cotidiano vivenciado pela mulher, ao invés de negá-lo. E, políticas públicas educacionais, principalmente quando se destinam ao público infante-juvenil também podem servir como veículo de quebra de estereótipos, preconceitos e pelo próprio rompimento do *status quo*.

Em vista disso, a quantidade de alterações legislativas ocorridas no presente ano intensifica a ideia de que o atual contexto de políticas públicas destinadas à proteção da mulher é insuficiente. Percebe-se que a implantação de novas políticas que realmente possam modificar o dia-a-dia da mulher brasileira é de extrema necessidade, tendo em vista o cenário atual, em que as mulheres ainda padecem de segurança e proteção do Poder Público contra atos de violência.

Referências

AMANCIO, G. R. S.; FRAGA, T. L.; RODRIGUES, C. T.; **Análise da efetividade da Lei Maria da Penha e dos Conselhos Municipais da Mulher no Brasil**. Brasil, 2015.

Disponível em: <http://www.coreconpr.gov.br/wp-content/uploads/2015/10/d2.pdf>. Acesso em: 28 abril 2019.

ANDREUCCI, R. A. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual e a nova lei 13.718/18. **Empório do Direito**, 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-a-nova-lei-13-718-18>. Acesso em: 28 maio 2019.

BARROS, F. M. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2018.

BUCCI, M. P. D.. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, E.; DENORA, E. M. Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. **Revista dos Tribunais Online**, v. 133/2017, p. 219- 255, jul. 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016a02d48ce163d20c08&docguid=Ifcefbda04d9711e7a407010000000000&hitguid=Ifcefbda04d9711e7a407010000000000&spos=2&epos=2&td=1321&context=5&>

crumb-
action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 08 abr. de 2019.

CASTRO, M. G. Marxismo, feminismo e feminismo marxista – mais que um gênero em tempos neoliberais. *In. Crítica Marxista*, São Paulo, Boitempo, v. 1, n.11, 2000, p. 98-108.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para normalização de trabalhos acadêmico-científicos**. 6. ed. rev. e ampl. Patos de Minas, 2019.

CERQUEIRA, D. *et al.* **A efetividade da Lei Maria da Penha**. IPEA. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 25 abril 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

CORTÊS, I. R.; MATOS, M.C. **Lei Maria da Penha: do papel para a vida**. Comentários à Lei 11.340/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário. 2. ed. Brasília: Apoena Pinheiro. 2009.

_____. **Lei Maria da Penha**. Lei 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

CORRADI, C. Violence, identité et pouvoir: pour une sociologie de la violence dans le contexte de la modernité. Socio-logos, **Revue publié par l'Association Française de Sociologie**, Paris, [En ligne], 4/2009, mis en ligne le 04 mai 2009.

CUNHA, H. D. O. **Políticas públicas de ingresso no ensino superior brasileiro**. Curitiba: CRV, 2017.

_____. Lei n. 13.641, 03 de abril de 2018. Altera a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei n. 13.827, 13 de maio de 2019. Altera a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mai. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

EMILIANO, E.O. As ações afirmativas e a concretização do valor constitucional da igualdade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1788, mai., 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11296>. Acesso em: 15 out. 2019.

GARCIA, L. P.; FREITAS, L. R.; SILVA, G.D; HOFELMANN, D. A. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil (Sum)**. São Paulo: Ipea, 2013.

GOMES, J. B.. O debate constitucional sobre ações afirmativas. *In*: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ação Afirmativa – políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 15-57.

GUERREIRO, M. D. *et al.* **Processos de inclusão de mulheres vítimas de violência doméstica**. [S. l.: s. n.], 2015.

LOBATO, Sandro de Carvalho; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. Vitimização e processo penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11854/vitimizacao-e-processo-penal>. Acesso em: 23 set. 2019.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2015. **Homicídio de mulheres no Brasil**. 2015. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.

MARTINS, A. P. A. Políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres e meninas no Brasil recente: análise dos movimentos feministas no processo de afirmação de direitos. **Direito & Gênero**, v. 7, n. 3, p.120-139, 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/index>. Acesso em: 16 fev. 2019.

MARTINS, A. P. A.; CERQUEIRA, D.; MATOS, M. V. M. **A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (versão preliminar)**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-institucionalizacao-das-politicas-publicas-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MELLO, A. R. **Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

MOLINA, A. G. P.; GOMES, L. F. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MULHERES E VIOLÊNCIAS – INTERSECCIONALIDADES. **Geledés**. 2017.

Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Mulheres-e-viol%C3%A2ncias-interseccionalidades.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. **Ordem dos Advogados do Brasil**. Súmula nº 09/2019. A prática de violência contra a mulher constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-09-2019-COP.pdf>. Acesso em: 08 out. 2019.

_____. **Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 11, de 2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 9, de 2016**. Apresentado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134960>. Acesso em: 04 out. 2019.

POLIFONIA E IDEOLOGIA PATRIARCAL. **Docplayer**. 2019. Disponível em: <https://docplayer.com.br/154848966-Polifonia-e-ideologia-patriarcal-na-voz-do-narrador-protagonista-em-a-docil-de-fiodor-dostoievski.html>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. **Projeto de Lei da Câmara nº 131, de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para que o autor tenha responsabilidade em ressarcir o SUS pelos serviços prestados às vítimas de violência doméstica. Apresentado em 07 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134808/pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. **Instituto Maria da Penha** (2019). Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/>. Acesso em: 3 out. 2019.

RODRIGUES, Wellington Gil. Causas e soluções da desigualdade entre negros e brancos: raça ou classe? Políticas específicas ou políticas universalistas? **Periódicos**. [s.d.]. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/download/9280/6157>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SABADELL, A. L. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: Efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. **Revista dos Tribunais Online**, v. 840, p. 429 – 456, out., 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016a02e97cde5436af99&docguid=Ifb129ca02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Ifb129ca02d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=125&context=91&>

crumb-
action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 08 abr. 2019.

SAFFIOTI, H. **Gênero, patriarcado e violência**. Fundação Perseu Abramo, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SENADO, Agência. **CDH aprova que agressor de mulher não pode ocupar cargo público**. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/08/cdh-aprova-que-agressor-de-mulher-nao-pode-ocupar-cargo-publico>. Acesso em: 03 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Ações Afirmativas**: a pedagogia estatal por igualdade. Carta Forense. 2013. Disponível em:
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/acoes-afirmativas-a-pedagogia-estatal-por-igualdade/12752>. Acesso em: 03 jun. 2019.