



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros ISSN: 2237-2342 (impresso) L-ISSN: 2178-2008 (on-line) Ano XI, Vol.XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

Publicado: 2020-03-21

Artigos

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA (ADO 26/DF)

Grazielle Jordão Portilho, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves, Paulo Gustavo Barbosa Caldas

04-15

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

ANÁLISE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO E DE SUA POSSÍVEL DESCRIMINALIZAÇÃO

Rafael franklin lemos pereira, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves

16-26

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

O SUICÍDIO COMO ACIDENTE DE TRABALHO

José Eduardo de Aguiar Cayres, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves

27-40

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DESSA GARANTIA FUNDAMENTAL

Lorena Abrão Pimenta dos Santos, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves

41-53

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL

MSc. Álvaro Osório do Valle Simeão, Fabiana da Silva Guimarães Milho

54-64



PDF



PKP/INDEX



REDIB

VIABILIDADE JURÍDICA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE ESPECIAL PARA AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA EM ESTADO DE LEGÍTIMA DEFESA

MSc. Iolete Maria Fialho de Oliveira, Leonardo Otaviano dos Santos Costa

65-76



PDF



PKP/INDEX



REDIB

O CONTROLE DO MONITORAMENTO DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA DE PESSOAS SOB MEDIDAS CAUTELARES NO DISTRITO FEDERAL

Edileuza Alves Pereira, MSc. Juliana Porto Vieira

77-94



PDF



PKP/INDEX



REDIB

A VIABILIDADE DA MEDIAÇÃO ONLINE

Liliam de Oliveira Lopes Silva, MSc. Jonas Rodrigo Gonçalves

95-110



PDF



PKP/INDEX



REDIB

DIREITO À VIDA: A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ABORTO E O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE RONALD DWORKIN

Ingrid de Sousa Andrade, Jonas Rodrigo Gonçalves, Caroline Pereira Gurgel

111-131



PDF



PKP/INDEX



REDIB

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRINCIPAIS CONQUISTAS LEGISLATIVAS

Fabiana Menezes Pereira da Silva, Jonas Rodrigo Gonçalves

132-145



PDF



PKP/INDEX



REDIB

MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Rony Barbosa da Silva, Jonas Rodrigo Gonçalves

146-157



PDF



PKP/INDEX



REDIB

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A INEFICÁCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS

Marinalva Vieira da Conceição, Elienay Kadesh Rosa Assunção, Jonas Rodrigo Gonçalves

158-167



PDF



PKP/INDEX



REDIB

A CONFIGURAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE DANO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Rafaella Nunes Augusto Gomes, Jonas Rodrigo Gonçalves

167-179



PDF



PKP/INDEX



REDIB



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 11/03/2020.

Data de publicação: 21/03/2020.

**Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves**

**O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA (ADO 26/DF)**

*THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE
CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA (ADO 26 / DF)*

*Grazielle Jordão Portilho¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Paulo Gustavo Barbosa Caldas³*

Resumo: O presente artigo teve como objetivo a análise do princípio constitucional da separação dos poderes, bem como trabalhar o conceito e a origem do ativismo judicial, além de abordar o comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal em suas decisões, especialmente no que se refere à recente decisão de criminalizar a

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Processus.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos).

³ Professor universitário desde 2003. Orientador de grupo de pesquisa em Resolução Alternativa de Disputas, de processo civil e de direito do consumidor na Faculdade Processus, em Brasília - DF. Analista judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF, com experiência como conciliador e mediador judicial. Mestrando em direito e políticas públicas, no UNICEUB. Pós graduado em direito público, pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e em direito administrativo, pela Faculdade Cândido Mendes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB.

homofobia e transfobia, discutida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por meio de ação de inconstitucionalidade por omissão.

Palavras-chave: Separação de poderes. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Homofobia e Transfobia.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the constitutional principle of separation of powers, as well as to work on the concept and origin of judicial activism, and to address the activist behavior of the Federal Supreme Court in its decisions, especially regarding the recent decision. to criminalize homophobia and transphobia, discussed in the context of abstract control of constitutionality, by action of unconstitutionality by omission.*

Keywords: *Separation of powers. Judicial activism. Federal Supreme Court. Homophobia and transphobia.*

Introdução

A homofobia e a transfobia são modalidades de preconceito e de discriminação motivadas pela orientação sexual e pela identidade de gênero. A homotransfobia consiste em ofensas, homicídios, agressões e discriminações que tem tornado inviável o exercício de direitos fundamentais.

Este artigo abordará a questão da separação de poderes, princípio da mais alta importância no sistema constitucional brasileiro, e mostra as funções típicas de cada um dos poderes e sua importância para a organização do Estado. O equilíbrio na distribuição de funções é fundamental para a existência de mais de um poder.

O objetivo de se dividir funções de forma harmoniosa é evitar a usurpação de funções, dessa forma, os poderes poderiam se limitar reciprocamente. A divisão de funções, no entender de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, consiste em repartir o poder político entre vários órgãos que sejam diferentes e independentes, de maneira que um poder pode agir sem ser poder ser freado pelos demais (FERREIRA FILHO, 2015, p.162).

Partindo do princípio da separação de poderes, será estudado o ativismo judicial, seus conceitos e características, especialmente no que se refere ao ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões. Até que ponto é possível e correto um poder adentrar nas competências do outro?

A decisão estudada no presente artigo é a recente criminalização da homofobia e transfobia, discutida em sede de controle abstrato de constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS.

Assim, levando-se em consideração o princípio constitucional da separação de poderes do Estado, a temática do presente artigo é o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, analisando especialmente o caso da criminalização da homofobia e transfobia, discutida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF)

O sistema constitucional brasileiro, ao dispor sobre o princípio da separação de poderes, teve como objetivo evitar uma formação hegemônica de poder, a fim de neutralizar a probabilidade de que alguns dos três poderes superassem outros.

O princípio constitucional da separação de poderes é um dos mais importantes. Em sua obra clássica, “A República”, Platão afirma que as funções do estado não devem estar concentradas nas mãos de uma pessoa, pois o homem perde sua virtude quando possui tanto poder, tornando-se fundamental, e até mesmo necessário, que exista uma separação dos poderes do Estado.

No entanto, foi a obra de Montesquieu a respeito da teoria da separação dos poderes que foi agregada ao constitucionalismo. Em “O Espírito das Leis”, o autor traz a noção da existência de três poderes independentes e harmônicos. A ideia da divisão é impedir o retorno do absolutismo, bem como limitar o poder do governante.

Como afirmou John Locke em sua obra, as mesmas pessoas que possuem o poder de legislar não devem ter também o poder de fazer cumprir as leis, pois podem se eximir da obediência devida já que as criaram e promulgaram, fazendo com que a lei se adapte a sua vontade (LOCKE, 2003, p.73).

A concepção de limitar os poderes é resultado de uma associação onde cada um dos órgãos tenham competências originárias em relação aos outros, de tal modo que nenhum deles tenha poderes absolutos ou superiores. Contudo, não significa que há uma separação extremada de poderes, o que há é uma complementariedade e interdependência (RANIERI, 2013, p.267).

A distribuição de funções entre os poderes impede a concentração de poder, ou ao menos dificulta, pois o contrário só poderá acontecer se ocorresse uma combinação entre autoridades independentes. Assim, se cria um sistema de freios e contrapesos através do qual a liberdade individual pode ser desenvolvida (FERREIRA FILHO, 2015, p.162).

O constitucionalista André Ramos Tavares (2018, p. 952) acredita que deve haver grande sensatez quando da análise da cláusula constitucional de separação de poderes para que a harmonia necessária seja construída, bem como preservada. Para o autor, trata-se de fator decisivo para que exista mais de um poder.

De acordo com Tavares, restringir o poder em nome de direitos fundamentais objetiva garantir o pluralismo dos centros de poder, servindo para o controle dos demais (TAVARES, 2018, p. 952).

É nesse contexto que o Poder Judiciário entra aplicando Constituição, adotando atitude ativista em relação a indiferença do poder Legislativo, bem como do poder Executivo, de maneira que sua participação tende a ser mais ativa na concretização de direitos e demandas sociais, obrigações dos outros poderes.

O ativismo judicial é um fenômeno jurídico onde existe um poder judiciário que assume suas responsabilidades para além dos limites de sua competência. É difícil estabelecer critérios objetivos para conceituar o termo, mas pode estar associado à ideia de atuação judicial excessiva.

Para Elival da Silva Ramos (2015), o ativismo judicial é uma modelo de conduta inconveniente do Judiciário quando se leva em consideração seus limites jurisdicionais e a separação dos poderes do Estado.

Já para o autor Anderson Vichinkeski Teixeira, tanto a corrupção, como a política de defesa de interesses puramente partidários e a burocracia estatal são três elementos sociológicos que reconhecem o mito do juiz Hércules no inconsciente da coletividade e levam ao crescente domínio das relações sociais (VICHINKESKI, 2012).

O fenômeno se evidencia nos debates norte-americanos sobre o papel dos juízes e dos tribunais no sistema político há um certo tempo, inclusive foi nos Estados Unidos que surgiu o termo “ativismo judicial”. No entanto, o debate sobre o assunto é

anterior à criação do termo, desde 1803 os Estados Unidos enfrentam o problema da prática inadequada do judiciário (AZEVEDO CAMPOS, 2014).

Atualmente, o debate norte-americano alcançou patamares que transcendem fronteiras. Enquanto nos Estados Unidos a problemática é discutida no mínimo há dois séculos, no Brasil, o aumento da participação do poder judiciário ocorreu com a promulgação da Constituição de 88.

O rompimento da ditadura militar criou um ambiente favorável, portanto democrático, para o crescimento do judiciário e da ideia de realizar os direitos dos cidadãos. Em outras palavras, é apenas com a noção de constitucionalismo democrático, e justamente por isso, que o desempenho do judiciário começou a ser avaliado do ponto de vista ativista. (TASSINARI, 2013, p.15).

O ativismo judicial é mais reprovado que celebrado. Para a maioria dos estudiosos do assunto, os juízes ativistas são de fato ameaça aos preceitos democráticos e à separação dos poderes, de forma que o termo é tratado como sendo sinônimo de “excesso judicial” (AZEVEDO CAMPOS, 2014).

Embora o discurso seja mais pendente para o lado negativo, existem defensores do ativismo que acreditam que os juízes e as cortes devem agir de modo mais enérgico em prol dos direitos de liberdade e igualdade e diante da omissão e inércia do Estado.

O autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) acredita que o ativismo judicial é criticado de forma injusta, tendo em vista que eventualmente são utilizados critérios corretos para sua identificação e avaliação.

Não ocorre consenso quanto ao conceito do termo, por esse motivo ele acaba significando coisas diferentes para pessoas diferentes. Assim, o ativismo judicial pode ser identificado como uma maneira proativa e específica de interpretar o texto constitucional, ampliando seu alcance e sentido (AZEVEDO CAMPOS, 2014).

Para Luiz Henrique Diniz Araújo, a expressão “ativismo judicial” seria polissêmica, ou seja, pode indicar tanto a prática judicial de iniciativa em termos instrutórios, como a regularidade com que um Tribunal ou Corte constitucional invalidam atos dos outros poderes (ARAÚJO, 2018, p.131).

O ativismo judicial igualmente pode ser considerado como uma atuação que busca aumentar a capacidade do texto constitucional não adentrando no campo da justiça livre. Para Barroso, o ativismo é um envolvimento mais amplo e intenso do judiciário na efetivação de objetivos e valores constitucionais, com maior ingerência no propósito dos outros poderes. (BARROSO, 2012).

É admissível listar três condutas caracterizadoras do ativismo judicial, são elas: a aplicabilidade da Constituição, ainda que inexista disposições legislativas, o reconhecimento de inconstitucionalidade, amparando-se em critérios menos rigorosos, além da imposição ao poder público de adoção de determinadas condutas (TASSINARI, 2013, p.18).

Contrariamente a ideia de ativismo de Barroso, o advogado e jurista Lênio Streck se mostra categoricamente contra os excessos do judiciário. Para ele, o ativismo é lesivo para a democracia, pois decorre de entendimentos de caráter pessoal dos juízes e dos tribunais.

Sendo assim, não há como produzir uma linguagem que seja pública tendo às margens a linguagem pessoal dos julgadores. Para Streck “salopar direitos legítimos, que materializam garantias constitucionais, é, sim, ativismo” (STRECK, 2018 apud BARROSO, 2012).

E continua a argumentar que não há ativismo bom ou positivo, pois não há como ser positivo para ninguém, tendo em vista que a responsabilidade política do

juiz é fazer a coisa certa e não escolher entre “passivismos e ativismos” (STRECK, 2018).

Elival da Silva Ramos (2015, p. 285) acredita que a implementação do ativismo judicial no Brasil ocorre por causas, na maior parte das vezes, de cunho estrutural. Para ele o elemento a ser conhecido como primário relaciona-se com o modelo de Estado Democrático social, pois possui perfil intervencionista.

A Constituição Federal, em seu Art. 3º, enumera os objetivos fundamentais e é um exemplo marcante que mostra que o Brasil assumiu o modelo do *welfare state*, ou seja, existe previsão de direitos sociais e boa parte deles devem ser prestados pelo Estado na forma de serviços públicos, além da intervenção estatal no poder econômico.

O estado social-democrata, diferentemente da ausência de liberalismo, é um estado ativo e consciente. Essa intervenção estatal é apurada especificamente mediante funções governamentais, legislativas e administrativas (RAMOS, 2015, p.285).

Nesse modelo, caberia ao Poder Judiciário o controle jurídico das demais atividades estatais. No entanto, nele recaem sentimentos sociais para a consecução de direitos sociais e sua fruição, além da extensão de direitos que são excluídos de determinadas categorias e que beneficiam outras, fazendo com que o próprio sistema que o Estado adota conduza o judiciário a ultrapassar os limites impostos pelo ordenamento.

O STF é a Corte constitucional do Brasil, além de ser a mais alta instância do poder judiciário, acumulando competências e possuindo como função institucional principal ser o guardião da Constituição. Um pouco mais de três décadas após a promulgação da CF de 1988, o tribunal federal desempenha um papel fundamental no processo político do país.

Nos últimos tempos, o tribunal teve várias controvérsias políticas consideráveis em que precisou estabelecer um posicionamento, evidenciando uma atuação ativista, como por exemplo, a descriminalização do aborto em casos de anencefalia (STF, ADPF 54), a aplicação da lei de greve da iniciativa privada para a greve dos servidores públicos (STF, MI 708), entre outros casos. Importante destacar aqui que essas decisões, até a ocasião da elaboração desse trabalho, são a última palavra sobre o assunto (TEIXEIRA, 2012).

Com as mudanças ocorridas em 1988, o Supremo Tribunal Federal alcançou um patamar importante na participação e elaboração das políticas públicas. Estudiosos apontam que as alterações trazidas pelo constituinte, ao definir as competências da Corte, além da atuação dos agentes políticos e das demandas sociais, fizeram com que o Tribunal fosse obrigado a ocupar nova função.

A modificação na existência política da Corte para uma posição mais central é justificada pelo ajuste da ampla competência prevista na Constituição de 1988 com os crescentes requisitos sociais e institucionais para que exerça esses poderes (TEIXEIRA, 2012).

Com a redemocratização do país, iniciada com Constituição de 1988, o poder judiciário ganhou um importante papel institucional, especialmente quando se trata do STF, possibilitando um acesso mais amplo a justiça. Além disso, o Ministério Público foi fortalecido e os mecanismos de defesa dos cidadãos foram aperfeiçoados, fazendo com que o poder judiciário atuasse no controle dos poderes políticos e na solução de conflitos provenientes destes.

A nova ordem constitucional deu origem a um modelo político longe de ser majoritário, impondo limites estritos às decisões, incluindo-se o respeito aos direitos

fundamentais, acertando uma área importante da vida social e política e deixando ao STF, órgão sem lastro da maioria, a garantia da validade prática desses limites.

Para essa finalidade, a Constituição concedeu ao tribunal uma quantidade significativa de competências e decisões, fortalecendo-a amplamente e iniciando um contínuo processo de acúmulo de poderes de tomada de decisão em sua jurisdição (AZEVEDO CAMPOS, 2014).

É razoável assegurar que o início do ativismo do STF se deu com a vigência da Constituição de 88 por conta das mudanças e do aumento de poder dado à Corte. O tribunal sempre se mostrou inclinado a julgar inconstitucional os atos do poder constituinte derivado, julgou questões políticas e eleitorais e, atualmente, tem se envolvido com questões morais consideráveis e controvertidas, como por exemplo o caso da união homoafetiva e descriminalização do aborto de feto anencéfalo.

Para Alexandre Campos, o STF de fato tem sido ativista quando se trata de interpretar a constituição na intenção de elevar direitos fundamentais relativos a igualdade social e liberdade. O tribunal tem limitado as ações estatais ao expandir e aplicar princípios como a dignidade humana, liberdade de expressão, direito à privacidade, entre outros (AZEVEDO CAMPOS, 2014).

É comum ver julgamentos do tribunal que interferem na estrutura administrativa dos demais poderes e em diferentes níveis. É possível citar o julgamento que proibiu a prática do nepotismo, sem que tenha havido lei para tanto, na administração direta e indireta, em todos os poderes da União, Estados, DF e municípios.

Outra decisão em que se nota a atuação ativista é a obrigação de nomeação, por parte do Poder Público, de candidatos aprovados em concurso dentro o número de vagas.

Em sua obra, Verdade e Consenso, Lenio Streck (2017, p.522) defende que após passar por autoritarismos e totalitarismos, seria inconcebível que agora fosse necessário se submeter à discricionariedade dos juízes, onde há muita incerteza. Para ele, aceitar essa submissão seria como trocar a democracia pela “vontade de poder” dos magistrados que estariam substituindo a criação democrática do Direito.

Para Streck (2013) “parece não haver dúvidas de que o STF vem julgando por argumentos de políticas e não por princípios (o que por si só já demonstra um elevado grau de ativismo da Suprema Corte)”.

A lei é um conceito interpretativo e provém de instituições legais. As questões relacionadas a ela necessariamente encontram respostas nas leis, princípios constitucionais, regulamentos e precedentes dotados de origem constitucional, e não na vontade pessoal do juiz (STRECK, 2013).

Para ele o ativismo é “a vulgata da judicialização”, sendo a judicialização um problema relacionado a incompetência para a prática de políticas públicas, enquanto o ativismo é problema comportamental, repleto de subjetividades e substituições de juízos políticos por sentimentos pessoais (STRECK, 2013).

Assim, acredita que uma decisão judicial deva ser feita conforme a legalidade, o que quer dizer que o juiz deve apoiar suas decisões em leis, baseando-se na democracia, núcleo de um Estado Constitucional, e não em discricionariedade dos juízes.

Os direitos fundamentais ou direitos humanos podem ser caracterizados como um conjunto de direitos que têm como objetivo principal o respeito à dignidade humana, proteção contra o poder do Estado, garantia de condições mínimas de vida, igualdade, desenvolvimento. São aqueles direitos vigentes em um determinado ordenamento jurídico que visa reconhecer a existência de liberdades dos cidadãos.

Não é aceitável que um direito fundamental não seja efetivado pela inércia do legislador. Nesse sentido, é possível acionar o tribunal constitucional brasileiro por meio do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente pela ação de inconstitucionalidade por omissão, para tratar da omissão legislativa.

O controle abstrato de constitucionalidade adotado no Brasil prevê como ações abstratas a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta interventiva, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por fim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação a ser trabalhada nesse tópico.

A Constituição Federal de 88, aumentou o rol de legitimados para propor as ações abstratas, bem como criou mecanismos para que fosse possível defender os direitos fundamentais da inércia do poder legislativo (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016).

Para os autores Alexandre Araújo Costa, Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho e Felipe Justino de Farias muita concentração de poder (especialmente por meio de decisões abstratas e democráticas) não afeta apenas o desempenho em si, mas também tem o potencial de limitar as iniciativas democráticas para conceber o significado desses direitos ou evitar sua realização de outras maneiras que não a de julgar (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi incluída pela lei nº 12.063 (BRASIL, 2009), na lei que já regulava o processo e julgamento, tanto das ADIs, quanto das ADCs, qual seja, a lei nº 9.868 (BRASIL, 1999).

A ADO se presta a declarar a omissão de medida que torne efetiva norma constitucional, ou seja, qualquer norma que tenha sua efetividade dificultada pela falta de elaboração da medida motiva esse tipo de controle. Não se trata de um simples ato de não fazer, mas sim de não fazer aquilo que a constituição claramente exige.

Uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão pressupõe a existência de uma norma constitucional que tenha eficácia limitada e que não haja norma que regule essa previsão, além da existência de decurso de prazo razoável para o legislativo sanar a mora inconstitucional.

O STF havia estabelecido inicialmente que a decisão de declarar a omissão inconstitucional somente ensejaria uma comunicação ao órgão responsável pela omissão a fim de adotar medidas para corrigir a situação de inconstitucionalidade. Uma vez procedente a ação, o legislador competente deve ser informado da decisão sobre as medidas apropriadas.

Todavia, o Plenário do tribunal tem entendido que perante a demora em sanar a omissão, a decisão proferida pode adotar diligências capazes de regular a matéria omissa por prazo certo ou até que a norma necessária seja editada pelo poder legislativo para colmatar a lacuna deixada anteriormente (MENDES, 2014, p. 8).

Assim, o Tribunal adotou uma sentença de caráter aditivo, incluindo uma mudança considerável na decisão que trate da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O Tribunal passou a conceder, em casos específicos, prazo razoável para o legislativo sanar sua mora, destacando o desastroso resultado para a ordem jurídica caso o legislador permaneça inerte (MENDES, 2014, p. 8).

A expressão homofobia descreve a aversão e o preconceito referentes a homossexualidade. A homofobia trata-se de qualquer modo de demonstração de raiva, repulsa, aversão ou preconceito que determinadas pessoas sentem em relação às pessoas homossexuais, chegando a violência.

O princípio da dignidade da pessoa humana nasce com o indivíduo, é inerente à sua pessoa e a ninguém é dado o direito de violar esse princípio. Assim, o ser

humano deve ser respeitado simplesmente pelo fato de ser pessoa. O ordenamento jurídico brasileiro já reconhece o crime o de racismo, qualquer discriminação de raça, cor, religião ou etnia, no entanto, ainda não se reconhecia como crime a homofobia, por não haver lei específica.

A ADO a ser tratada no presente tópico foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com o objetivo de que se criminalizasse especificamente as condutas de homofobia e transfobia em todas as suas formas, sejam elas ofensas, homicídios, agressões, além daquelas discriminações que são movidas pela orientação sexual e identidade de gênero.

Os argumentos utilizados foram o mandado de criminalização do racismo, previsto na Constituição Federal de 88 e as discriminações que atentam contra as liberdades fundamentais, também previstas na Carta Maior. A ideia é a de que a homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo, sendo que elas implicam, necessariamente, no rebaixamento da população LGBT.

A petição que deu origem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26/DF narra que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor atualmente usado na Lei do Racismo, sob pena de hierarquizar o sofrimento dos preconceitos (STF, ADO 26).

É importante lembrar que somente as normas constitucionais de eficácia limitada, seja de princípio institutivo, sejam normas programáticas, são capazes de permitir o ajuizamento de uma ADO. Significa dizer que não são todas as omissões do poder legislativo que ensejarão esse tipo de controle abstrato.

Novidade na legislação, já mencionada anteriormente, se encontra no texto constitucional, em seu Art. 103, §2º, que prevê a comunicação ao poder competente da decisão que declare a omissão inconstitucional para que se adote as medidas necessárias, e em se tratando da administração pública, será dado o prazo de 30 dias para que se resolva a omissão (BRASIL, 1988).

De acordo com Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade por omissão se encontra na impossibilidade de compatibilizar uma conduta omissa, negativa, por parte do Legislativo e uma conduta que a própria Constituição exige que seja positiva. Justamente por haver necessidade de preencher a lacuna deixada pelo poder público é que surge a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O que pretendia o autor da ADO 26/DF era que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a mora legislativa com relação a ausência de lei que criminalize a homofobia e transfobia, conforme o mandado de criminalização do art. 5º, LXI, da CF (BRASIL, 1988).

Além disso, pedia que fosse estipulado um prazo para que o Congresso Nacional elaborasse a tal norma criminalizadora e que o STF superasse o requisito de estrita legalidade parlamentar (STF, ADO 26) e tipificasse as condutas como crimes ele mesmo, de forma a sanar a mora do Legislativo.

Conforme o Art. 5º, XXXIX, da CF, é preciso que exista lei que criminalize uma conduta e estabeleça a penalidade e essa lei deve ser anterior a prática da conduta criminosa (BRASIL, 1988). Significa que somente lei em sentido estrito, vale dizer, aquela feita pelo Poder Legislativo e que seguiu as regras do processo legislativo de forma correta, são capazes de criar crimes ou contravenções e cominar penas ou medidas de segurança.

Os princípios da legalidade e da reserva legal impedem a colmatação da lacuna deixada pelo poder legislativo, por parte do Supremo Tribunal Federal. A possibilidade de ocorrência de se preencher as lacunas deixadas no texto constitucional ampliaria de forma manifesta o poder sancionador do Estado, fazendo com que a liberdade

individual pudesse ser restringida sem que houvesse lei para tanto, lei que deve ser elaborada pelo poder competente.

Em junho de 2019, o tribunal, por unanimidade, conheceu, ainda que parcialmente, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de n. 26/DF. Por maioria dos votos a ADO foi julgada procedente com eficácia geral e efeito vinculante no que se refere a mora inconstitucional do Poder Legislativo Federal ao deixar de elaborar norma relativa aos mandados de criminalização previstos no Art. 5º da CF de 88.

Ainda, o STF declarou a existência da omissão legislativa, cientificou o Congresso Nacional, conforme previsão do art. 103, §2º, da CF e deu interpretação conforme a Constituição para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia, independentemente de qual seja sua forma de manifestação, conforme os mandados do art. 5º, incisos XLI e XLII, da CF, até que a legislação seja criada pelo Poder Legislativo Federal (BRASIL, 1988).

Conforme a decisão do Supremo, a prática homotransfóbica é considerada do tipo racista, na dimensão do racismo social incorporada pelo Supremo Tribunal em julgamento de plenário no HC 82.424/RS (caso Ellwanger), quando comete atos de segregação que acabam por inferiorizar os membros do grupo LGBT por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero (STF, ADO 26).

Os efeitos dados pelo STF na presente decisão somente serão aplicados a partir do julgamento, ou seja, junho de 2019. Os ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski foram votos vencidos, tendo entendido por julgamento parcialmente procedente da ação e, o ministro Marco Aurélio foi voto vencido, pois entendia que o julgamento deveria ser improcedente.

O fato é que a tese fixada pelo Tribunal, por maioria, foi a de que até que sobrevenha a lei esperada para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia, aplicar-se-á os preceitos primários da lei nº 7.716 (BRASIL, 1989), inclusive a qualificadora do motivo torpe.

Outro ponto fixado na tese é o de que a homotransfobia não limitará ou mesmo restringirá o exercício de liberdade religiosa, garantindo assim, o direito de qualquer pessoa de pregação e de divulgação de seus pensamentos e convicções.

Outro ponto abordado pela tese foi o conceito de racismo, que além de compreender sua dimensão social, se projeta para muito além de outros aspectos. O racismo resulta, não só de diferenças biológicas e fenotípicas, como também do histórico cultural da sociedade motivado pelo objetivo de justificar a desigualdade, destina-se ao controle ideológico, dominação política, sujeição social e negação de alteridade, dignidade e humanidade das pessoas que pertencem a um grupo social vulnerável (STF, ADO 26).

Para o tribunal, o fato de as pessoas não pertencerem ao mesmo estamento em determinada estrutura social, não é justificativa para serem consideradas diferentes ou serem consideradas marginais, sendo, dessa maneira, expostas ao ódio social, pois não há proteção a estigmatização e a inferioridade, e sim uma “injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito” (ADO 26).

O ativismo judicial no desempenho do STF ao criminalizar a homofobia e a transfobia fica caracterizado de forma clara. O próprio Tribunal reconhece a omissão, bem como reconhece princípio da reserva legal como necessário para criar crimes e ainda assim criminaliza a conduta.

Considerações finais

O presente trabalho abordou questões a respeito do ativismo judicial, em especial do Supremo Tribunal Federal, no que se refere a criminalização da homofobia, decidida em sede de controle abstrato, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO 26/DF.

O objetivo de se dividir funções de forma equilibrada e harmoniosa entre os diferentes poderes é o de evitar a usurpação de competência entre eles, o que não tem acontecido atualmente.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal é chamado para se posicionar diante de diversas questões por falta de atuação dos outros poderes. Não é concebível ou justificável que os demais poderes da República fiquem inertes quando se trata de suas funções.

Quando se fala em separação de poderes, também se fala em funções que são típicas a cada deles e o fato de o STF ter se posicionado, criminalizando uma conduta até que sobrevenha a lei específica, pode ser caracterizado como usurpação de uma função do Poder Legislativo.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura o mínimo de respeito a pessoa, pois todos são iguais em valor e dignidade e tem direito a uma vida livre de preconceitos, independentemente de classe social, raça, cor ou orientação sexual. Nesse sentido é que a homofobia não é aceitável.

Importante ressaltar que não restam dúvidas quanto a omissão do Congresso Nacional quando da não elaboração de uma norma específica que criminalizasse a homotransfobia ou mesmo que se trata de um assunto de tamanha gravidade.

De fato, a homotransfobia é um crime e deve assim ser tratada. Entretanto, não é no âmbito do poder judiciário o local correto para se resolver a problemática. Não há dúvida de que deve haver a criminalização, mas não faz parte das funções do poder judiciário criar lei.

A impunidade que existe por não exercer suas funções típicas, como elaborar uma lei, faz com que o Congresso Nacional permaneça inerte, fazendo com que o Poder Judiciário tenha que ser provocado.

Atualmente muitos direitos são judicializados, seja pela inércia do legislativo, seja pela descrença da sociedade nos representantes eleitos, fazendo com que recorram ao judiciário, independentemente do motivo, o poder judiciário é chamado, nas mais diversas causas, para se posicionar de forma a garantir direitos.

São várias as questões que levam a referida situação, muitas delas já mencionadas no presente trabalho. Assim, o sistema como é hoje, talvez deva ser repensado ou até mesmo reorganizado, para que omissões não continuem a acontecer e que um único poder não se destaque sobre os demais.

Referências

ARGUILHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**. 2016. Vol. 12, n. 2.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O Ativismo Judicial e Constrangimentos *a Posteriori*. **Revista de Investigações Constitucionais**. 2018. Vol. 5, n. 1.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [minha biblioteca]

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2018.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(SYN)THESIS**. 2012. Vol. 5, n. 1.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. LEI Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os Crimes Resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de.; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**. 2016. Vol. 12, n. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret: 2003.

MENDES, Gilmar. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. **Repositório STF**. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2015.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole: 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Como se mede a “Régua” para Aplicar a Lei: Quem a Fixa? **Revista Consultor Jurídico**. 2013.

_____. O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns. **Revista Consultor Jurídico**, 13 junho de 2013.

_____. O Motim Hermenêutico e os Mitos do “Bom” e do “Mau” Ativismo. **Revista Consultor Jurídico**. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54 / DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 24/04/2012. Publicado: 30/04/2013. Voto Ministro Marco Aurélio.

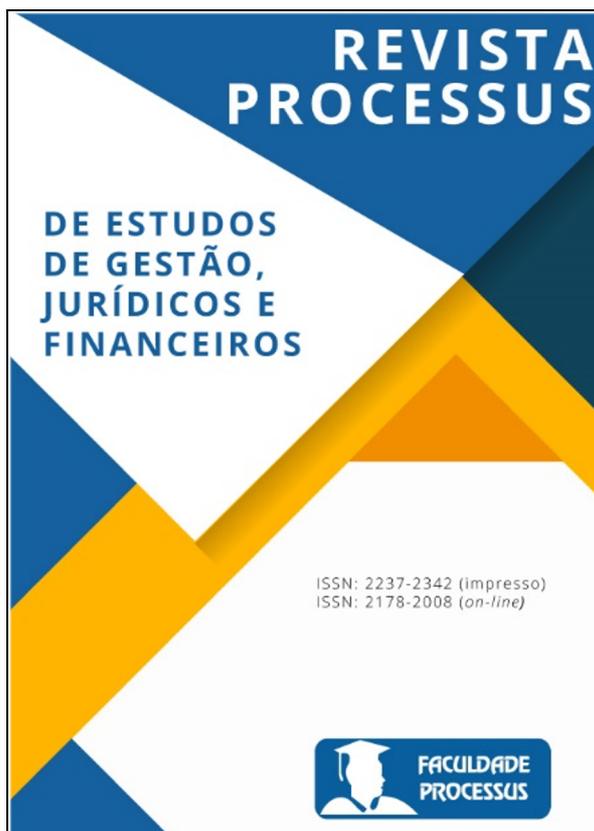
_____. Tribunal Pleno. **MI 708 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 25/10/2007. Publicado: DJe 31/10/2008. Voto Ministro Ricardo Lewandowski.

_____. **ADO Nº 26**, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Disponível em: 14 out. 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. **Revista Direito GV**. 2012. Vol. 8.



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 21/03/2020.

**Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves**

**ANÁLISE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO E DE
SUA POSSÍVEL DESCRIMINALIZAÇÃO¹**

Analysis of drug possession crime and its possible decriminalization

Rafael franklim lemos pereira²

Jonas Rodrigo Gonçalves³

Resumo

O tema deste artigo é análise do crime de porte de drogas para consumo próprio e de sua possível descriminalização. Investigou-se o seguinte problema: Tendo como premissa a conjuntura de perspectivas jurídicas e sociais, é possível a descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio no atual cenário brasileiro? Cogitou-se a seguinte hipótese: Acredita-se na possibilidade da descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio no atual cenário brasileiro. O objetivo geral é analisar a possibilidade de descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo próprio. Os objetivos específicos são: estudar a construção histórica da regulamentação do uso de drogas na legislação

¹ Este trabalho contou com a revisão linguística de Rafael Franklim Lemos Pereira.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Processus.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Facesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor e Editor.

nacional; avaliar a tipificação da conduta de porte de drogas para consumo próprio, especialmente no que concerne as condutas sancionadas e penas cominadas; examinar a possível descriminalização da conduta em estudo. Neste trabalho debate-se a possibilidade de descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio ter intensificado nos últimos anos. A questão encontra-se em análise nos mais diversos meios sociais, acadêmicos e jurídicos e requer atenção em um momento em que se verifica uma transição e confronto de pensamentos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Crime. Porte de drogas. Descriminalização. Liberdades individuais. Saúde pública.

Abstract

The theme of this article is the analysis of drug possession crime and its possible decriminalization. The following problem was investigated: Having as premise the conjuncture of legal and social perspectives, is it possible to decriminalize the drugs possession conduct for own use in the current brazilian scenario? The following hypothesis was considered: It is believed in the possibility of decriminalization of drugs possession conduct for own consumption in the current brazilian scenario. The general objective is to analyze the possibility of decriminalization of drugs possession conduct for own use. The specific objectives are: to study the historical construction of drug use regulation in national legislation; evaluate the typification of drug possession conduct for own consumption, especially regarding sanctioned conduct and comminuted penalties; examine the possible decriminalization of the conduct in study. This work discusses the possibility of decriminalization of drugs possession conduct for own use that has intensified in recent years. The issue is in analysis in various social, academic and legal circles and requires attention at a time when there is a transition and confrontation of thoughts. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Crime. Drugs possession. Decriminalization. Individual freedoms. Public health.

Introdução

A Lei 11.343/06, denominada como Lei de Drogas ou Lei de Tóxicos, promulgada no dia 23 de agosto de 2006, tem como finalidade instituir o sistema de políticas públicas sobre drogas no Brasil. Especificamente em seu art. 28, a Lei de Tóxicos tipifica a conduta de porte de drogas para consumo próprio, base de estudo e análise deste trabalho.

Após a promulgação da Lei 11.343/06, inicia-se um amplo debate a respeito da compatibilidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Drogas com a Constituição Federal, o qual tem como destaque em seus argumentos a salvaguarda de liberdades individuais e a preservação da saúde pública.

Os pontos principais de defesa de sua inconstitucionalidade remetem-se ao fato de seu preceito secundário não prever penas privativas de liberdade, bem como pela razão de sua insustentabilidade jurídica, principalmente em relação a violação de princípios e direitos devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Logo, a questão central desenvolvida por este trabalho envolve a discussão a respeito da inconstitucionalidade do art. 28, propondo-se a responder ao seguinte problema: Tendo como premissa a conjuntura de perspectivas jurídicas e sociais, é

possível a descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio no atual cenário brasileiro?

É notório que cresce o debate sobre alternativas à abordagem repressiva para o problema, visto que o tratamento punitivo do uso de entorpecentes é injustificável. Em suma, há argumentos de que os direitos à intimidade e à vida privada devem ser respeitados, ao ponto de que a criminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio causa diversas violações aos direitos fundamentais devidamente tutelados por nossa Constituição (CARVALHO, 2016, p.344).

Dessa forma, a hipótese levantada frente ao problema em questão é: Acredita-se na possibilidade da descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio no atual cenário brasileiro.

Dentro de um sistema de liberdade democrática e de resguarda de direitos fundamentais, punir o usuário de drogas mostra-se como um ato que afronta diretamente a Constituição Federal, principalmente no que concerne ao respeito às liberdades individuais (CARVALHO, 2016, p.343).

Contudo, a objetividade jurídica do tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06 é a tutela da saúde pública. Por esse motivo, em face do caráter primordial dado o bem jurídico, o tipo penal não visa somente conter o dano unicamente pessoal, mas sua punição considera o perigo que tal conduta representa para a saúde pública (ANDREUCCI, 2018, p.298).

Em razão do objetivo geral deste trabalho ser a análise da possibilidade de descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo próprio, pretende-se investigar os assuntos predominantes no debate no meio jurídico que envolve o crime de porte de drogas para uso pessoal e, principalmente, debater a problemática que envolve a descriminalização do uso de entorpecentes no Brasil.

Ademais, os objetivos específicos deste trabalho são relacionados, a seguir: estudar a construção histórica da regulamentação do uso de drogas na legislação nacional; avaliar a tipificação da conduta de porte de drogas para consumo próprio, especialmente no que concerne as condutas sancionadas e penas cominadas; e examinar a possível descriminalização da conduta em estudo a partir de posicionamentos doutrinários e julgados dos tribunais superiores.

No que diz respeito a sua justificativa, o presente trabalho apresenta a questão da descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo próprio ser um tema bastante controverso para a sociedade. Posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à tipificação da conduta são demasiadamente discutidos desde sua forma mais trivial, em um diálogo habitual entre indivíduos, até em sua forma mais aprimorada e aprofundada, em discussões acadêmicas, jurídicas e políticas.

É importante frisar que, nesse debate, ainda não há um consenso ou um posicionamento majoritário que seja contra ou a favor de uma possível descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio. No entanto, é pacífico o entendimento de que, para enfrentar esse problema, a sociedade deve buscar um norte de experiências que têm gerado resultados e que possuem uma postura mais cautelosa.

A questão fulcral do debate é se determinado indivíduo pode ser penalizado por portar drogas para seu consumo pessoal. Para a resposta desse problema, deve-se explorar a raiz da questão, a qual é profunda e intrincada em uma complexa estrutura social e judicial. É preciso revisar a política criminal de drogas, tendo como concepção, a conjuntura de premissas sociais e jurídicas para que se possa chegar em uma solução que seja a mais correta para a sociedade.

Em relação à metodologia aplicada ao presente trabalho, baseia-se em uma revisão de literatura, do tipo teórica, visto que esse tipo de pesquisa faz um estudo de determinada teoria, sempre empregando embasamentos teóricos para explicar a pesquisa que está sendo apurada (LAKATOS; MARCONI, 2010, p.85).

A coleta de dados é obtida por meio de livros, leis, informativo e artigos científicos pesquisados em bibliotecas tradicionais e virtuais, com duração de 6 meses, incluindo a escolha, leitura e seleção dos textos.

A quantidade escolhida é de 4 livros, 2 leis, 1 artigo científico e 1 informativo todos selecionados para compor a revisão de literatura, tendo como base a análise do tipo penal descrito no art. 28 da Lei 11.343/06, com incidência na apreciação dos elementos jurídicos e sociais aplicados ao objeto de estudo, qual seja: a conduta de porte de drogas para consumo próprio.

Quanto ao método de pesquisa, esta pesquisa caracteriza-se como qualitativa, pois busca vincular os estudos com os problemas ético-políticos e sociais (CHIZZOTTI, 2003, p.228), tendo como sustentação o estudo doutrinário, jurisprudencial e normativo, os quais contemplarão a temática aplicada ao conteúdo relacionado ao consumo de drogas.

A partir da apreciação da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, são apresentadas opiniões jurídicas e doutrinárias favoráveis à questão de propor mudanças na legislação de entorpecentes e que, conseqüentemente, implicam na descriminalização do crime em estudo.

Da mesma maneira são expostos argumentos contrários trazidos pela doutrina e jurisprudência para sustentar a posição favorável à tipificação da conduta de porte de drogas para consumo próprio.

Contraopondo as distintas alegações, busca-se a discussão envolvendo o conjunto de questões que impedem ou possibilitam um cenário futuro de uma possível descriminalização da conduta em estudo.

Análise do Crime de Porte de Drogas para Consumo Próprio e de sua Possível Descriminalização

Evolução do conceito de droga e de seu caráter ilícito

O significado do termo droga não é algo imutável, invariável e inerte ao tempo. Seu significado foi diversas vezes alterado no decorrer da história, sendo que no passado o sentido da palavra era mais amplo e a restrição no seu significado foi realizada em tempos recentes.

Na época do Brasil Colônia, período compreendido entre a chegada dos portugueses, em 1500, e a independência do Brasil, em 1822, segundo ensinamento de Carvalho (2016, p.47), o termo droga era utilizado de forma distinta do que feito atualmente, sendo usado para designar raízes, sementes, frutas e outras plantas que possuíam propósitos culinários e medicinais.

No mais, a proibição do consumo e comércio de certas substâncias psicoativas só foram expressamente previstas a partir da promulgação do Código Penal de 1890, o qual se referia a drogas como “substâncias venenosas” e estabelecia a conduta como sendo um crime contra a tranquilidade pública.

Ponto importante a ser ressaltado refere-se a expressiva transformação na definição do termo droga, levando a uma redução de seu significado e a uma aceção negativa em seu sentido.

Por conseguinte, Carvalho (2016, p.49) demonstra que, não obstante ser identificados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa

brasileira, apenas a partir da década de 1940 é que se pode constatar o advento de política proibicionista sistematizada dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir dos ensinamentos de Carvalho (2016, p.50), constata-se, portanto, que a política criminal de drogas no Brasil iniciada na década de 1940, fundamentada na formação de um sistema repressivo, manifesta-se com a autonomização das leis criminalizadoras, o ingresso do País no modelo internacional de controle de drogas e, principalmente, com a publicação do Código Penal de 1940.

Ademais, tendo como base recente concepção destinada ao termo droga, o significado da palavra, em uma definição contemporânea, pode ser descrito, como:

1. Med. Qualquer composto químico de uso médico, diagnóstico, terapêutico ou preventivo.
2. Restr. Substância cujo uso pode levar a dependência.
3. Restr. Substância entorpecente, alucinógena, excitante, etc.
4. Coisa de pouco valor ou desagradável. (FERREIRA, 2008, p.330).

No tocante ao conceito legal atribuído ao termo droga, a Lei nº 11.343/06 estabelece em seu art. 1º, parágrafo único, a definição jurídica conferida a palavra droga, o qual possui a seguinte redação:

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (BRASIL, 2006).

Primeiramente, cabe salientar que a Lei nº 11.343/06 priorizou o uso do termo drogas, em vez de utilizar expressões como substância entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica. Nessa perspectiva, segundo apontado por Masson e Marçal (2019, p.24), o legislador decidiu aplicar uma terminologia mais simples e usual, espelhando-se, assim, na terminologia aplicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

De forma congênere, Andreucci (2018, p.267) atesta que a nomenclatura utilizada pela Lei nº 11.343/06 reproduz a terminologia admitida pela OMS, que afastou a utilização dos termos ou das expressões narcóticos, substâncias entorpecentes e tóxico.

Além disso, note-se que, conforme entendimento de Andreucci (2018, p.267-268), a Lei de Tóxicos definiu droga como sendo as substâncias com potencial de causar dependência, desde que estejam elencadas em dispositivo legal competente.

Verifica-se que o legislador optou por criar uma norma penal em branco ao conceituar o termo droga, pois a lei limita-se a definir o termo droga em sentido amplo, cujo preceito deverá ser acrescido por norma de natureza extrapenal, em tal caso a Portaria do Serviço de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde.

Percebe-se, portanto, tratar-se de uma norma penal em branco heterogênea, em que sua complementação é proveniente de fonte diversa daquele que a editou, ou seja, o complemento normativo não se origina do legislador, mas de fonte normativa diversa.

De modo a acrescentar a essa asserção, Masson e Marçal (2019, p.25) ensinam que se determinada substância não encontrar previsão na Portaria do Serviço de Vigilância Sanitária, mesmo que essa substância seja hábil a provocar dependência física ou psíquica, não estará corretamente contemplado o elemento normativo dos tipos previstos na Lei nº 11.343/06.

O tratamento dado ao usuário de drogas, na concepção dada pela Lei nº 11.343/06

No que se refere à conduta de porte de drogas para consumo próprio, anteriormente à vigência da Lei nº 11.343/06, o art. 16 da Lei nº 6.368/76 tipificava a

conduta do usuário de drogas e estabelecia em seu preceito secundário pena privativa de liberdade.

Contudo, a partir da Lei nº 11.343/06, o legislador optou por adotar uma linha contrária ao caráter punitivo da pena e enfatizou a peculiaridade de seu atributo educativo, de forma a eliminar a previsão de pena privativa de liberdade no preceito secundário do tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Nessa perspectiva, Ferrari e Colli (2012, p.7-8) apontam que a Lei nº 6.368/76 adotava uma diretriz repressiva para punição ao usuário de drogas, mas que, a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, afastou-se a aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal.

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 determina em seu preceito secundário que a conduta do agente que, com a única finalidade de consumo pessoal, adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal será submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Verifica-se que o preceito secundário do art. 28 passou a cominar penas diversas das penas de detenção e de reclusão, adotando uma linha nitidamente contrária à repressão e destacando o caráter educativo das penas.

Logo, tendo como base a concepção adotada por Carvalho (2016, p.382), como alternativa para atenuar os efeitos cruéis provocados pelo sistema penal, a política criminal adotou medidas alternativas com o objetivo de minimizar a incidência do poder punitivo estatal.

Dessa forma, afere-se que a Lei 11.343/06, por intermédio de sua nítida transformação da política criminal em relação ao usuário de drogas, inovou ao estabelecer tratamento jurídico diverso oferecido ao usuário e ao traficante de drogas, de maneira a proibir a imposição da pena privativa de liberdade ao sujeito que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para consumo pessoal.

Percebe-se que a nova Lei de Drogas tem como premissa que o tratamento da dependência química deve ser realizado através da educação, em razão de se ter adotado medidas de caráter educativo com o intuito de prevenir o uso indevido de drogas e buscar a reinserção social de usuários.

No mesmo sentido, Rangel e Bacila (2015, p.47) atestam que o legislador buscou não estigmatizar o usuário de drogas, mas procurou atribuir ao sistema penal uma responsabilidade de tornar acessível um tratamento voluntário para os dependentes químicos e, assim, enfatizar o caráter pedagógico das penas.

Entendimento semelhante apontado por Masson e Marçal (2019, p.23) ao indicarem que a Lei nº 11.343/06 enfatizou o viés preventivo quanto ao uso indevido de drogas, sendo que, em razão dessa nova perspectiva, ressaltam a postura inovadora apresentada pela Lei nº 11.343/06 ao representar a ruptura de paradigma no tocante à percepção e ao tratamento da problemática referente às drogas.

Pelo fato de a Lei nº 11.343/06 ter deixado de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia em relação à natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Nessa lógica, Andreucci (2018, p.297) relata que, quando a Lei nº 11.343/06 entrou em vigor, em vista da nova redação do art. 28, estreita parcela da doutrina entendeu ter havido a descriminalização do porte de droga para uso próprio, porquanto a conduta do usuário de drogas não está mais submetida à pena privativa

de liberdade, mas está sujeita a advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa.

Entretanto, após longos debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais, atualmente é pacífico o entendimento de que não ocorreu a descriminalização da conduta, mas apenas a sua despenalização, mantendo o *status* de crime.

Nesse contexto, através do Informativo 465, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou no tocante ao assunto, de modo a estabelecer o entendimento de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 não provocou a *abolitio criminis* do crime de posse de drogas para consumo pessoal, anteriormente previsto no art. 16 da Lei 6.368/76.

Seguindo em sua concepção, o Supremo Tribunal Federal considerou que a conduta continua sendo crime, tendo ocorrido, tão apenas, uma despenalização da conduta, cuja característica notável é o afastamento de previsão de penas privativas de liberdade como penalidade principal ou substitutiva da infração penal.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal destacou que, embora não haja previsão de pena privativa de liberdade, o crime de uso de entorpecente para consumo próprio é classificado como crime de menor potencial ofensivo, o que define a competência do juizado especial criminal. Assim sendo, deve-se obedecer, como regra geral, o rito processual estipulado pela Lei 9.099/95.

Além disso, observação importante realizada por Masson e Marçal (2019, p.31) remete-se ao fato de que a Constituição Federal possibilita ao legislador estipular aos delitos outras penas que não a privativa de liberdade e a multa, sendo assim a ausência de previsão de pena privativa de liberdade para os crimes de consumo pessoal não constitui óbice ao reconhecimento de sua natureza como criminoso.

Como forma de complementar esse posicionamento, Andreucci (2018, p.297) demonstra que não ocorreu a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio, uma vez que se manteve a conduta como crime, fixando-lhe pena, ainda que não privativa de liberdade. Por conseguinte, verifica-se que houve apenas a diminuição da carga punitiva, tratando de maneira mais branda o usuário de drogas.

Descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio

Não obstante a posição majoritária em relação à natureza jurídica do art. 28 da Lei de Tóxicos, a qual estipulou que não ocorreu a *abolitio criminis* do crime de porte de drogas para uso próprio, surge, atualmente, uma grande discussão a respeito da inconstitucionalidade do art. 28.

O principal argumento para sustentar a incompatibilidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Drogas com a Constituição Federal diz respeito ao injustificável tratamento punitivo dado ao usuário de drogas, visto que tal posicionamento não se condiz com os princípios da autonomia individual, da lesividade, da vida privada e da intimidade.

Posicionamentos favoráveis a inconstitucionalidade do art. 28 defendem que não é permitido ao Estado, dentro de um sistema de liberdade democrática e de resguarda de direitos fundamentais, punir o usuário de drogas. Conseqüentemente, o art. 28 afronta a Constituição Federal, principalmente no que concerne ao respeito às liberdades individuais.

Assim, conforme defendido por Carvalho (2016, p.340-341), ao se conceber esse tipo penal incriminador, imensuráveis violações são ocasionadas aos direitos fundamentais devidamente protegidos por nossa Constituição. Não há a observância

do sujeito, mas apenas a sustentação de procedimentos retóricos e abstratos de validação da punição.

Dando continuidade ao seu pensamento, Carvalho (2016, p.344) sustenta que se deve respeitar os direitos à intimidade e à vida privada, pois é garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre seus atos, desde que sua conduta exterior não afete bens jurídicos de terceiros.

Desse modo, a criminalização do porte de drogas para consumo próprio viola o princípio da alteridade, devido ao fato de que não há que se cogitar a punição de uma conduta que causa prejuízo somente a quem praticou, não havendo lesão a nenhum bem jurídico alheio.

Contrapondo o argumento de que o art. 28 viola as liberdades individuais constitucionalmente protegidas, Rangel e Bacila (2015, p.197-198) ressaltam que se deve destacar que os direitos e garantias individuais são necessários para o integral desenvolvimento do homem, principalmente o direito à intimidade. Todavia, não existem direitos fundamentais absolutos, pois o interesse público deve prevalecer sobre o interesse particular.

Por outro lado, um dos argumentos trazidos pela doutrina para sustentar a posição favorável à tipificação da conduta descrita no art. 28 da Lei nº 11.343/06 refere-se ao caráter relevante dado ao bem jurídico tutelado pela norma que é a saúde pública.

Dessa forma, em face do caráter primordial dado ao bem jurídico, o tipo penal não se destina somente reprimir o dano estritamente pessoal, mas sua punição leva em conta os perigos e os efeitos que tal conduta gera em impactos negativos sobre a saúde pública.

Nesse segmento, Rangel e Bacila (2015, p.75) sustentam que o consumo de drogas, além de trazer danos ao consumidor, oferece perigo à sociedade como um todo. Argumentam que os malefícios causados pelo consumo de substâncias ilícitas vão desde o aumento da violência até o uso desmedido do sistema de saúde para tratar doenças decorrentes do uso de drogas.

À vista disso, pode-se afirmar que o uso de drogas atinge a sociedade principalmente no que se refere à saúde pública, isto é, a saúde das pessoas como um bem geral e não, especificamente, de um indivíduo.

Confirmando esse posicionamento, Andreucci (2018, p.298) assevera que a punição dada ao usuário de drogas decorre do perigo que seu comportamento repercute na saúde pública. Logo, a repressão ao uso de drogas não objetiva o dano estritamente pessoal, ou seja, os males causados ao usuário, mas os danos causados a toda sociedade.

Por conseguinte, concebe-se a percepção de que, mesmo que o usuário de drogas utilize a substância de forma com que sua conduta diga a respeito exclusivamente ao indivíduo e à sua intimidade, não se deve abandonar a compreensão de que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto retrata um risco potencial à disseminação do consumo de drogas.

De modo a contraditar o posicionamento favorável à tipificação da conduta do art. 28 da Lei de Drogas, Carvalho (2016, p.340-341) atesta que não é justificativa plausível para amparar a argumentação para legitimar a criminalização o fato de ser a saúde pública o bem jurídico tutelado pela norma penal e, por seu caráter notável, fazer jus a um resguardo penal.

Prosseguindo em seu pensamento, Carvalho (2016, p.340-341) defende que somente a característica da intangibilidade do bem jurídico, independentemente de outros fatores, já elimina a sustentação da alternativa proibicionista e que, com

suporte no princípio da ofensividade, admite-se a aplicação do Direito Penal apenas quando houver uma lesão real ou concreta, ou seja, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado.

Não obstante a alegação de que o crime de porte de drogas para uso próprio infringir o princípio da ofensividade por não lesionar ou gerar perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, Rangel e Bacila (2015, p.46) ressaltam que o crime em análise é classificado como um crime de perigo abstrato, ou seja, há presunção de que a prática da conduta reproduz um risco ao bem jurídico, sendo dispensável o reconhecimento no caso concreto de que a conduta tenha efetivamente produzido situação de perigo que o tipo penal pretende impedir.

De forma similar, Masson e Marçal (2019, p.33) ensinam que a razão jurídica da punição do crime de porte de drogas para consumo próprio se dá em razão do perigo social que sua conduta representa, de forma que há uma presunção abstrata de perigo para terceiros. Por esse motivo, a conduta do usuário emana um manifesto perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública.

Por fim, é necessário frisar que a descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06 é uma medida que gera precedentes preocupantes, principalmente em termos de saúde pública, predominando, assim, o entendimento que o consumo de drogas é lesivo tanto ao sistema de saúde pública quanto à saúde dos usuários.

No entanto, deve-se levar em consideração o respeito às liberdades individuais, ressaltando-se a importância de um comportamento omissivo por parte do Estado em prol da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual diante da ação estatal.

Considerações Finais

A base de estudo e análise deste trabalho foi a Lei 11.343/06, mais especificamente o art. 28, que envolveu a discussão a respeito de sua inconstitucionalidade, pelo fato de se ter abolido a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, bem como pela averiguação de sua inconstitucionalidade, tendo como base o direito à intimidade e a autonomia privada, e em face dos princípios da ofensividade e da alteridade.

Preliminarmente, cabe ressaltar que a descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio não resulta obrigatoriamente na legalização das drogas. Entretanto, a descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06 é uma medida que gera precedentes extremamente preocupantes, especialmente em termos de saúde pública.

No que concerne ao objetivo geral deste trabalho, a presente pesquisa foi desenvolvida com a finalidade de analisar a possibilidade de descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo próprio.

Foram apresentadas opiniões doutrinárias favoráveis à questão de propor mudanças na legislação que trata de entorpecentes e que, conseqüentemente, implicam na descriminalização do crime, bem como foram expostos argumentos contrários trazidos pela doutrina e jurisprudência para sustentar a posição favorável à tipificação da conduta de porte de drogas para consumo próprio.

Prevaleceu o entendimento que o consumo de drogas é prejudicial tanto à saúde dos indivíduos usuários de drogas quanto ao sistema de saúde pública, constatando-se que a descriminalização não é a solução para o grave problema que é o consumo de drogas.

Os argumentos apresentados por Carvalho passaram a equivocada impressão de que descriminalização do consumo de drogas não é arriscada ou perigosa, uma vez que, segundo o autor, o consumo de drogas trata-se de uma forma de o indivíduo exteriorizar seu direito de liberdade.

É certo que se deve prevalecer o respeito às liberdades individuais em conjunto com a importância de um comportamento omissivo por parte do Estado em favor da liberdade do indivíduo. Todavia, é pacífico o entendimento de que nenhum direito fundamental poderá ser considerado absoluto.

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser aplicados conforme os limites fáticos e jurídicos existentes, sendo que referidos limites impostos pelos outros direitos fundamentais.

É incontestável que o interesse público sobrepõe ao interesse privado, de modo que cabe ao Estado delinear o regime jurídico, impondo limitações de ordem jurídica destinadas a salvaguardar a integridade do interesse social.

Por conseguinte, não é válida a alegação de que a criminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio ofende a inviolabilidade à vida privada e o direito do indivíduo se autodeterminar, visto que a descriminalização implicaria numa clara afetação de terceiros.

O consumo de drogas afeta a sociedade como um todo, que seria visivelmente prejudicada com as mudanças sociais e econômicas advindas por uma possível descriminalização.

Portanto, é uma discussão que ainda merece ser maior aprofundada, pois os argumentos existentes para descriminalizar a conduta ainda não são suficientes para legitimar o posicionamento, principalmente perante a sociedade em geral, que se mostra bastante conservadora.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-3116-3.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, p. 2, 24 ago. 2006.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, p. 14839, 22 out. 1976.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-026-3831-0.

CHIZZOTTI, A. A pesquisa qualitativa em ciência humanas e sociais: evolução e desafios. **Revista Portuguesa de Educação**, v. 16, n. 2, p. 221-236, 2003.

Droga. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FERRARI, Karine Angela; COLLI, Maciel. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06. **Unoesc & Ciência – ACSA**, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012. ISSN 2178-3446.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, v. II, n. 5, 2019.

_____. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, v. II, n. 5, 2019.

_____. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

_____. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

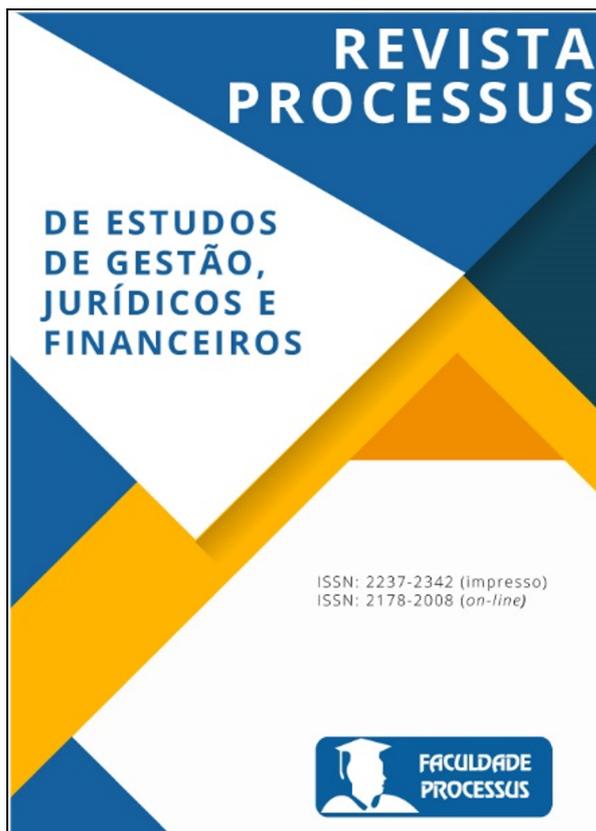
_____. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas**: comentários penais e processuais. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00079-5.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 456**, Brasília, 12 a 23 fev. 2007.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

O SUICÍDIO COMO ACIDENTE DE TRABALHO *Suicide as a work accident.*

*José Eduardo de Aguiar Cayres¹
MSc. Jonas Rodrigo Gonçalves²*

Resumo

O tema deste artigo é o suicídio como acidente de trabalho. Investigou-se o seguinte problema: o suicídio pode ser considerado um acidente de trabalho?. Cogitou-se as seguintes hipóteses, “organização do trabalho como condição para um desequilíbrio psíquico e para o suicídio” e “a relação trabalho e medo”. O objetivo geral é “caracterização do suicídio como acidente de trabalho”. Os objetivos específicos são: “conceito legal de acidente de trabalho”, “impacto psíquico do trabalhador frente à organização do trabalho” e “nexo causal entre trabalho e suicídio”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual, pela complexidade da relação homem-trabalho. Para a ciência, é relevante por proporcionar um avanço na disciplina de psicopatologia do trabalho. Agrega à sociedade pelo fato de ser um problema social a ser enfrentado, quebrando barreiras culturais, sociais e religiosas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Processus. Graduado em Administração de empresas pela Faculdade Uneb.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor..

Palavras-chave: Suicídio e acidente de trabalho. Relação homem-trabalho. Nexos de causalidade entre trabalho e suicídio. Doenças psicossomáticas. Suicídio e o aspecto jurídico.

Abstract

The subject of this article is suicide as a work accident. The following problem was investigated: can suicide be considered a work accident? The following hypotheses were considered: "work organization as a condition for psychic imbalance and suicide" and "the relationship between work and fear". The overall objective is "characterization of suicide as an occupational accident". The specific objectives are: "legal concept of work accident", "worker's psychic impact on work organization" and "causal link between work and suicide". This work is important from an individual perspective because of the complexity of the man-work relationship. For science, it is relevant for providing a breakthrough in the discipline of work psychopathology. It adds to society because it is a social problem to be faced, breaking cultural, social and religious barriers. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: *Suicide and work accident. Man-work relationship. Causal link between work and suicide. Psychosomatic diseases. Suicide and the legal aspect.*

Introdução

Entendo que o suicídio gera consequências no âmbito jurídico como um todo, refletindo nas áreas previdenciária, cível, penal, constitucional, administrativo e no direito do trabalho, área na qual me proponho a aprofundar, no presente estudo. Cito como exemplo, o reflexo que um ato suicida causa no direito do trabalho, que é a extinção do contrato de trabalho do indivíduo que cometeu tal ato, gerando impactos na maioria das vezes negativos para o empregador, e para todas as relações de emprego e organização de trabalho.

Pactuo do pensamento de que, deve existir uma responsabilização do empregador, frente a um ato suicida que tenha nexos de causalidade com a relação de emprego, pois, desta forma, ocorrerá mudanças na forma de pensar e agir das organizações de trabalho, vindo a refletir diretamente na qualidade da saúde do empregado, visto que, nos direitos civil ou do trabalho, quem de alguma forma instigou ou induziu um ato suicida, pode vir a ser detentor de uma obrigação frente a este suicídio. (Barros Neto, 2011, p.25).

Este artigo se propõe a responder ao seguinte problema o suicídio pode ser considerado um acidente de trabalho?. Vejo surgir da relação entre suicídio e trabalho, no âmbito jurídico, uma responsabilidade na qual o empregador tem diante de tal situação, posto que, cabe ao empregador o dever de precaução quanto aos mínimos sinais de uma ato suicida vir a se concretizar, estando assim o empregador cometendo um ato de omissão, portanto devendo ser responsabilizado. O suicídio pode e deve ser considerado um acidente de trabalho.

Ratifico a afirmação anterior quanto ao suicídio ser considerado um acidente de trabalho, onde é nítido nos tempos atuais, episódios de suicídios dentro dos locais de trabalho, nos mais variados ramos de atividade, quais sejam, bancários, saúde, ensino, construção civil, comércio, indústrias, multinacionais, etc. (Dejours; Bègue, 2009, p.12).

A hipótese levantada frente ao problema em questão foi a organização do trabalho como fator preponderante para um desequilíbrio psíquico, criando doenças

somáticas e psíquicas, que irão culminar com o suicídio do trabalhador. Quando ocorre um conflito em relação ao sistema psicológico do trabalhador, na organização do trabalho, são geradas patologias psicossomáticas que findarão com o ato suicida do trabalhador.

Aduzo que, inserido entre a contemporânea forma da organização do trabalho e a perspectiva de mudança, tem-se a habilidade pela qual os homens possuem de refletir as relações de trabalho, onde a mudança no pensamento conduz a uma transformação do existente. (Dejours; Bègue, 2009, p. 55-56).

O Objetivo Geral deste trabalho é tratar da situação real e deprimente no qual diversos trabalhadores estão inseridos ou propensos a estarem, se nada for feito, que são as doenças psicossomáticas, provenientes de uma relação de trabalho desequilibrada, que marcam profundamente o indivíduo dentro e fora do local de trabalho. Pretendo mostrar a relação direta entre um ato suicida e o trabalho, visto que, um trabalhador que tenha sua saúde física e ou psíquica comprometidas em virtude de vínculos de trabalho, fica assim evidenciada a caracterização do suicídio como acidente de trabalho.

A definição de saúde do trabalhador é posta pela progressista tendência de estudo da psicologia empregada ao trabalho, como sendo uma tratativa multiprofissional, no qual percebe-se que as premissas da organização do trabalho são fatores determinantes para trabalhar sem adquirir doenças provenientes do trabalho. (Teixeira, 2007, p. 29).

Apresento tópicos a serem abordados, com o intuito de detalhar o fim a que se destina, tendo como primeiro objetivo específico deste trabalho, a conceituação legal de acidente de trabalho. Como segundo objetivo específico, temos o impacto psíquico do trabalhador frente à organização do trabalho e suas consequências. Por fim, o terceiro objetivo específico trata do nexos de causalidade entre o trabalho e o suicídio.

Todos os acontecimentos desenrolados pela execução ou em decorrência do trabalho, são considerados acidente de trabalho, desde que, causem a morte, perda ou redução da predisposição para o trabalho, causem perturbação funcional ou lesão corporal, incluindo-se também as doenças profissionais, bem como os transtornos provenientes de atos intencionais ou não, sucedidos no local de trabalho. Um distúrbio psíquico proveniente de grande tensão nervosa, que circunda o ser e o transfigura, chegando ao ápice de cometer suicídio, é a representação de quão grave são as consequências frente à organização do trabalho. (Barros Neto, 2011, p.47 e 123)

Evidencio a importância desta pesquisa, pois é uma realidade presente em nossas relações pessoais e profissionais, sendo um problema social a ser enfrentado por todos. O entendimento da relação de um ato suicida com o trabalho deve convergir para uma análise desde a organização do trabalho, passando pelos sofrimentos oriundos desta relação homem-trabalho, as estratégias defensivas deste trabalhador para minimizar este sofrimento, os impactos psíquicos e suas consequências, e por fim, o suicídio.

O presente estudo contribui para despertar o entendimento acerca de um tema que por vezes é mascarado e encoberto, mostrando a real importância para a ciência. Este despertar irá fomentar um avanço na disciplina de psicopatologia do trabalho, transformando a forma de pensar e agir da organização do trabalho, gerando uma nova relação saúde mental versus trabalho, com homens capazes de vencer o autoextermínio oriundo do trabalho.

Menciono a importância deste trabalho para a sociedade, pois trata-se de um estudo no qual a coletividade se faz presente, ou seja, toda a sociedade é impactada e sofre com estes problemas cada vez mais recorrentes em nosso meio. Ao se revelar a problemática à sociedade, esta estará mais apta a um enfrentamento direto, no qual paradigmas e barreiras culturais, sociais e religiosas serão rompidas, estando assim a sociedade mais preparada para a confrontação.

Aponto a metodologia empregada, no qual o processo de pesquisa utilizado neste trabalho, englobando todos os instrumentos e ferramentas de pesquisa disponíveis, para uma melhor abordagem e entendimento do tema proposto, foi pautado no tipo de pesquisa exploratória, com a utilização de pesquisa bibliográfica através de livros (autores e obras de qualidade científica), artigos científicos, artigos jurídicos, jurisprudência e revistas científicas. O tempo gasto na leitura dos artigos e livros foi de 60 dias e a seleção dos trechos e paráfrases 30 dias, totalizando 90 dias.

A pesquisa é na forma qualitativa, na modalidade revisão de literatura, onde foi explorado os diversos comportamentos e motivações dos indivíduos, nas relações de trabalho como o suicídio. O método qualitativo busca a veracidade dos fatos, sob a ótica dos elementos presentes na pesquisa, não se utilizando de fundamentos estatísticos para análise dos dados. (Zanella, 2013, p.99).

O suicídio como acidente de trabalho

Breve histórico

Inicialmente, ao se fazer uma abordagem sobre este tema, se faz necessário entendermos um pouco da história da saúde dos trabalhadores e a evolução das condições de vida destes, a fim de que possamos elencar os mecanismos que se fazem necessários para uma reestruturação das relações entre saúde e trabalho. No século XIX, as lutas operárias têm como principal objetivo o direito à vida, à sobrevivência, tendo como base para se alcançar tal meta, a liberdade de organização. O suicídio e ou tentativa de suicídio, com ocorrência no local de trabalho, começa a surgir nos países ocidentais, em meados de 1990, mais especificamente no ano de 2007, na França, onde antes o problema era escondido, nos deparamos com uma série de divulgações de suicídios sendo realizados nas sedes das empresas Renault, Peugeot e Électricité de France. A partir do final do século, algumas leis sociais orientadas à saúde do trabalhador começam a se desenvolver, tais como: em 1890, surgem os delegados de segurança, nas minas; em 1893, surge a lei que regula sobre a higiene e segurança dos trabalhadores da indústria; em 1898, a lei sobre acidentes de trabalho e indenização; em 1905, lei disciplinando a aposentadoria dos mineiros; em 1910, regulamentação da aposentadoria aos trabalhadores com mais de 65 anos. Avançando um pouco mais, o período que vai da primeira guerra mundial até 1968, é marcado pelas reivindicações dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, que passam a ter uma preocupação maior com a saúde do corpo. O terceiro período, que se inicia após o ano de 1968, é um verdadeiro marco representativo na relação saúde-trabalho, no qual, a luta operária converge para as condições de trabalho. (Dejours, 2003, p. 17).

Na atualidade, o suicídio se apresenta na categoria de patologia, visto estar enquadrado no domínio dos transtornos mentais, tais como, depressão, síndrome do pânico, angústias, sofrimentos em geral, dentre outros. Se num passado, o suicídio

estava elencado à morte voluntária, hodiernamente mantêm convicções das efetivas causas que levam ao suicídio. (Venco; Barreto, 2014, p.296).

Conceituação legal de acidente de trabalho

Dando continuidade ao trabalho, para um entendimento acerca do tema, é necessário que tenhamos clara a conceituação legal de acidente de trabalho, onde encontramos sua definição no artigo 19 da Lei 8.213/91 (Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social), no qual nos ensina que, acidente de trabalho é a perda perene ou provisória da habilidade para o trabalho, prestando serviço à empresa, durante o desempenho no trabalho. Ademais, dentre um rol de situações elencadas na lei dos planos de benefícios da previdência social, que são consideradas acidente de trabalho, em seus artigos 20 e 21, vale destacar no inciso I do artigo 21, que diz assemelhar-se ao acidente de trabalho, todo aquele que tenha correlação ao trabalho, que tenha colaborado para a morte do segurado, para a privação ou diminuição de sua habilidade para o trabalho ou alguma lesão que demande cuidados para sua reabilitação.

Da mesma forma, acidente de trabalho são todos os acidentes típicos sucedidos no decorrer da jornada de trabalho, letal ou não, responsáveis por algum tipo de ferimento ou lesão no corpo do trabalhador. (Antunes; Praun, 2015, p.410).

A legislação pátria considera como acidente de trabalho todas as circunstâncias ocorridas em função do trabalho, que venham a causar lesão corporal, morte, perda ou diminuição da força produtiva, assim como, as doenças profissionais, as adversidades ocorridas no local de trabalho provenientes de atos intencionais ou não de terceiros ou de colegas de trabalho, os procedentes de casos fortuitos ou de força maior, as doenças originárias de contaminação acidental no exercício da atividade laboral, os sucedidos no trajeto residência/local de trabalho/residência e os acidentes que tenham se dado nos horários das refeições. (Barros Neto, 2011, p.47-48).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, incisos III e IV, nos mostra o dever e obrigação de respeito que o Estado tem, para com a dignidade do ser humano e os valores sociais do trabalho, se pautando por princípios éticos, o que nos apresenta uma garantia de proteção ao trabalhador. O art. 6º da mesma carta constitucional nos ensina que, o trabalho é um direito social, e no art. 7º que trata dos direitos a que os trabalhadores urbanos e rurais possuem, a melhorias e condições sociais, no qual mais especificamente, em seu inciso XXII, que nos mostra o direito a normas de segurança, saúde e higiene, para fins de redução dos riscos provenientes do trabalho e em seu inciso XXVIII, que trata do direito que o trabalhador possui, a seguro contra acidentes de trabalho, de responsabilidade do empregador, bem como o direito a indenização nas situações em que o empregador incorrer em dolo ou culpa.

No âmbito da responsabilidade civil, o Código Civil, em seu art. 186 determina a prática de ato ilícito a quem, por ação ou omissão própria, por negligência ou imprudência, provocar dano à outra pessoa, bem como em seu art. 927, nos diz que todo aquele que cometer ato ilícito em desfavor de outra pessoa, é obrigado a reparar tal dano.

Na seara previdenciária, o acidente de trabalho é tratado de acordo com o nível de incapacidade pelo qual se constata, sendo o benefício de aposentadoria

equivalente ao nível de tal incapacidade, ou seja, auxílio acidente para os casos de inabilidade parcial, auxílio doença para a inabilidade das atividades laborais habituais e transitórias, e por fim, aposentadoria por invalidez, nos casos de inabilidade total e permanente. (Souza, 2013, p.98).

Relação trabalho-homem x organização do trabalho

Diante do breve histórico exposto, adentraremos mais especificamente no tema proposto, através de uma abordagem sobre as relações de trabalho, bem como os comportamentos do trabalhador gerados por esta relação, onde a psicopatologia do trabalho se coloca numa posição de estudar e entender o comportamento humano, analisando também o aspecto não-comportamental, sendo este, todos os comportamentos produtivos, ritmo de trabalho, movimentos repetitivos e cadência. No âmbito do comportamento humano, as estratégias defensivas criadas pelo trabalhador, ocupam um papel de grande importância, pois, é através dos sistemas defensivos que podemos entender a respeito dos fatos geradores de tal defesa. A ideologia defensiva, podemos assim chamar, esconde algo grave por trás, por exemplo, uma ansiedade, uma tristeza, uma vergonha, uma humilhação, uma depressão, ou seja, um meio de defesa é criado devido a um destes sintomas pelo qual o trabalhador está vivenciando. É objeto de pesquisa, tanto os mecanismos individuais quanto os coletivos, de um grupo social. Tais ideologias defensivas se manifestam de forma diferente, nas mais diversas categorias profissionais, tendo em vista, os caracteres geradores serem bem específicos e estarem relacionados à organização do trabalho.

A sistematização do trabalho exerce um papel preponderante na relação entre trabalho e saúde do trabalhador, sendo um dos pilares desta pesquisa, pois, atesta o nexos de causalidade entre o suicídio e o trabalho, visto que, afeta diretamente a saúde psíquica do trabalhador, gerando indivíduos doentes e propensos ao ato suicida. Sob o prisma da psicopatologia, a organização do trabalho se divide em três, sendo: primeira divisão, quanto ao modo operatório, segunda, quanto à divisão dos indivíduos comportamentados pela hierarquia e terceira, quanto à divisão do organismo por órgãos de execução e órgãos de concepção intelectual. A sistematização do trabalho individualiza os indivíduos, a replicação dos movimentos, o marasmo das atividades, a dureza da organização do trabalho, o círculo de trabalho (ambiente), os comandos, enfim, tudo que está interligado na relação homem-trabalho, influência no sofrimento pelo qual estes enfrentam. (Dejours, 2003, p. 39-40).

A individualização do trabalho e a suspensão dos laços de companheirismo entre os colegas de trabalho podem ser considerados dentre outros, causa de um progressivo aumento no número de suicídios nos locais de trabalho. De contra partida, a existência de elos de companheirismo conduz a uma redução nos números de suicídios, pois, a organização dos trabalhadores em grupos de solidariedade, é capaz de modificar cenários de sofrimento em um jogo de brincadeiras e gozações, ou seja, os sofrimentos são disfarçados, e nos casos mais graves, onde o trabalhador não logra êxito em ocultar seu sofrimento, os próprios elos de companheirismo se encarregam de resguardar este trabalhador. (Antunes; Praun, 2015, p.414-415).

As consequências que esta sistematização exerce na saúde do trabalhador, podem ser devastadoras, vindo inclusive a influenciar no lapso temporal fora do local de trabalho, no qual a maioria dos trabalhadores não consegue adequar este tempo, como por exemplo, praticar um esporte, ter um momento de lazer com os filhos, ter um momento íntimo com o cônjuge, um momento de descontração, etc, frustrando seus desejos e necessidades fisiológicas. Um trabalhador em casa é o reflexo dele mesmo no trabalho, ou seja, um trabalhador contaminado e doente pela sistematização do trabalho. Tal contaminação pode ser claramente evidenciada, quando trabalhadores em dia de folga, fora do ambiente de trabalho, preservam a constante responsabilidade com o tempo, estando em constante alerta, a fim de não permitir que se “delete” a obediência a qual é submetido em sua prática laboral robotizada. (Dejours, 2003, p. 47).

Os trabalhadores estão sendo constantemente compelidos a uma agilidade de feedback, frente às crescentes exigências do mercado, no qual, suas tarefas estão cada vez mais sendo monitoradas, e os tempos ociosos dentro dos procedimentos do trabalho sendo extintos, criando assim um ambiente propício as enfermidades. A degradação das condições de trabalho é manifestada através do suicídio, onde o sofrimento do trabalhador caminha numa crescente, ao passo que a organização do trabalho intervém em sua atividade, reduz ou até mesmo elimina sua liberdade e alterna entre o reconhecimento e o controle físico e mental. (Antunes; Praun, 2015, p.414-415).

O mundo social do trabalho se fragmentou, diante de uma série de mudanças que estão ocorrendo, onde cito as distinções perpetradas unicamente sob os parâmetros de gestão, a avaliação individual de performance e a qualidade total adotada nas empresas, onde a pressão pela excelência e perfeição atingem níveis altíssimos de cobrança, afetando profundamente a colaboração, o companheirismo entre os trabalhadores, fazendo então emergir doenças mentais que culminarão nos suicídios no local de trabalho. As repercussões da deterioração da saúde mental e do suicídio do trabalhador ocupam um nível alto de preocupação, caso não se visualize a necessidade de inserção de novos procedimentos na organização do trabalho. Esta mudança na forma de estrutura, de funcionamento da organização do trabalho deve convergir para a perspectiva da coletividade e inteligência no trabalho, ou seja, a construção de mecanismos para estudo e apreciação da colaboração no sentido de coletividade entre os trabalhadores e a administração para elaboração de novos princípios para o viver-junto, pautados nos três aspectos: colaboração horizontal – entre colegas e pares, colaboração vertical – entre subordinados e hierarquia e colaboração transversa – entre clientes e usuários, na área de serviços. (Dejours; Bègue, 2009, p.53-54).

Inúmeros são os elementos presentes no ambiente de trabalho, que acarretam enfermidades psicológicas, psicossomáticas e psíquicas, que se enquadram como patologias ocupacionais. Pesquisas revelam que uma diversidade grande de condições interfere na saúde mental do trabalhador, por exemplo, as relações entre pessoas, dentro da organização do trabalho, o ambiente físico, onde se inclui o espaço físico, o ruído, a iluminação, a maneira como as relações hierárquicas acontecem, etc. A contemporânea tendência da psicologia voltada ao estudo do trabalho entende que no tocante à saúde do trabalhador, é viável o mesmo não ser afetado por patologias provenientes do seu labor, consoante a

maneira como a organização do trabalho irá se posicionar, influenciando desta forma o ambiente de trabalho. (Teixeira, 2007, p.29).

O sofrimento e suas consequências

Os sofrimentos fundamentais, de acordo com pesquisas realizadas no dia a dia dos operários, se originam através de dois sintomas, que são, a insatisfação e a ansiedade. Mas o sofrimento do trabalhador não se resume apenas a esses dois sintomas, onde temos inúmeros gatilhos que despertam os sofrimentos vividos, que inevitavelmente irão se tornar doenças mais graves. O sofrimento tem origem quando a relação organização do trabalho-homem está bloqueada, ou seja, o trabalhador fez uso ao máximo, de suas habilidades intelectuais, de adaptação e de aprendizagem. A sistematização do trabalho, na maioria das vezes caminha na contramão da satisfação do trabalhador, visto que, quanto mais a organização do trabalho é severa, mais a divisão do trabalho é aumentada, conseqüentemente, menor é o conteúdo significativo do trabalho e as possibilidades de mudança são menores, logo o sofrimento aumenta vindo a aflorar inúmeras doenças psicossomáticas, que terão conseqüências dramáticas na vida do trabalhador.

Ao se falar sobre sofrimento, os seus sintomas e suas conseqüências, necessário se faz destacar a depressão, pois, é uma doença que acomete inúmeros indivíduos, tendo uma relação direta de causalidade com o suicídio, tornando-se essencial para este trabalho, pois, é uma das maiores causas de suicídio. A depressão modifica o entendimento do indivíduo frente ao que ele enxerga, ao que sente, à compreensão das coisas, à exteriorização de suas emoções, aos prazeres da vida, afetando inclusive, o sono, a alimentação, a autoestima, dentre outros. Desta monta, a depressão é uma doença que afeta o indivíduo e que acarreta conseqüências gravíssimas, logo deve ser tratada com seriedade e prevenida por toda a sociedade, bem como toda a organização do trabalho deve ser repensada/reestruturada para a melhoria da relação homem-trabalho e conseqüentemente a redução dos números de depressão e atos suicidas. A prática depressiva é regulada pela letargia intelectual, pela morte cerebral, tendo êxito o condicionamento do trabalhador frente a uma conduta produtiva. (Dejours, 2003, p. 49).

De acordo com o entendimento da medicina, a depressão pode ser conhecida pela transformação que causa na pessoa, na forma de enxergar o mundo e vivenciar sua realidade, tendo como indícios, a alteração de humor, a ausência de vontade de viver e de expectativa, o afastamento familiar e social, a ausência de fome, a falta de sono, o desinteresse pelas coisas que anteriormente lhe dava prazer, onde a pessoa vive constantemente em estado depressivo. (Teixeira, 2007, p.33).

Num passado, tanto os legisladores quanto os tribunais, relacionavam os acidentes de trabalho às situações em que havia perda de saúde física do trabalhador, não levando em consideração a saúde psíquica. A importância dos sofrimentos psíquicos é claramente visível, quando as enfermidades profissionais e acidentes de trabalho surgem, sendo o assédio moral um dos principais causadores destes sofrimentos, onde se pronuncia de forma individual ou coletiva, sendo o assédio moral coletivo, um dos principais causadores do aumento de doenças psicológicas no ambiente de trabalho. Nosso ordenamento jurídico vem se empenhando para de alguma forma por fim a esta prática, onde os tribunais tem

buscado uma compreensão acerca desta prática, para garantir uma prestação jurisdicional, tanto no âmbito moral quanto material.

Um dos pontos basilares para o detrimento do meio ambiente do trabalho e saúde dos trabalhadores é o assédio moral coletivo. Conforme a Organização Mundial da Saúde, o aumento das doenças psicológicas dentro do ambiente de trabalho, será uma das mais importantes particularidades do próximo século, no qual trabalhadores doentes serão afetados pelo estresse no ambiente de trabalho. (Barros Neto, 2011, p. 104).

O assédio moral se inicia de forma sutil, não se fazendo perceber ou se confundindo com uma simples brincadeira, mas com o passar do tempo, o trabalho vai se tornando um peso, aparecendo assim os primeiros sinais de degradação da mente e do corpo, deixando marcas profundas no psíquico, onde os sentimentos de menosprezo e vergonha imperam, no qual a vítima, não raras às vezes, prefere a morte a ter que enfrentar esta situação no trabalho.

Entende-se por assédio moral, uma conduta perpetrada pelo agressor à vítima, se utilizando de forma excessiva, de atitudes, gestos, comportamentos, falas, escrita, que irão ofender diretamente à dignidade humana, a moral, a integridade física ou psíquica do ofendido. Em suma, é um comportamento que subjugou o agredido a condições de humilhação, discriminação das mais variadas, ao medo, ao estresse e a opressão. (Barros Neto, 2011, p. 99).

O assédio moral, sob o prisma de um subterfúgio de gestão, produz instrumentos de controle e censura que tem como pano de fundo o assédio moral, no qual se arquitetam de tal forma, que excedem as condições física e mental que o ser humano tem para resistir. Estes recursos são verdadeiros instrumentos de gestão, utilizados para assegurar a produtividade, através da coerção oficializada dentro da empresa. (Antunes; Praun, 2015, p.420).

Do início até a concretização do assédio moral, têm-se etapas, onde na primeira, temos o indivíduo contra o qual será praticado o ato; numa segunda etapa, temos a situação na qual o ofendido irá se revoltar contra as agressões que vem sofrendo, criando assim um ambiente de inimizade; na terceira etapa surge na vítima os sinais físicos e psíquicos das agressões, se revelando sob as mais diversas formas, no qual cito algumas como exemplo: dores no corpo, insônia, falta de apetite, distúrbios hormonais, aumento da pressão arterial, agressividade, indisposições, etc.; a quarta etapa é marcada pela queda de produtividade e o absentismo do trabalhador, vindo se tornar público o problema, dentro da empresa; na quinta etapa, a empresa começa a aplicar medidas disciplinares contra a vítima, vindo esta a ter uma piora significativa no seu quadro de saúde, surgindo assim, a depressão, juntamente com uma ausência total de motivação; por fim, na sexta etapa, a vítima chega a um estágio de exaustão, sendo esta fase caracterizada pela dispensa do funcionário, por demissão voluntária, afastamento para tratamento ou atos máximos de homicídio ou de suicídio. (Barros Neto, 2011, p. 107 e 108).

O assédio moral no local de trabalho é por vezes proveniente das relações entre os pares, numa análise hierárquica, não somente da relação entre superior e subordinado, estando este assédio moral diretamente ligado à produção capitalista na qual estamos inseridos. O artigo 483 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) garante uma proteção em face do assédio praticado pelo empregador, vindo inclusive a caracterizar um descumprimento de obrigação contratual, sendo

passível ao empregado “uma justa causa” no empregador, através da rescisão indireta do contrato de trabalho. Vale destacar que com a nova reforma trabalhista, através de seu artigo 223-A e seguintes da CLT, foram alterados os valores para indenização por danos morais, atribuindo limites para a quantificação dos danos causados, criando faixas de reparação, em leve, média, grave e gravíssima, bem como um limite máximo para tal reparação.

O reconhecimento do assediador é por vezes uma tarefa árdua, pois, tanto juristas quanto legisladores, cientistas ou estudiosos, se deparam com a possibilidade do assédio ter sido realizado por qualquer pessoa, e por indivíduos que não se encontram dentro do padrão de um assediador. (Barros Neto, 2011, p. 100).

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, o exercício do assédio moral é censurado e considerado ilegal, o que pode ser claramente identificado no texto da CLT, no Código Civil e na Constituição Federal.

Terceirização

Um tópico que merece toda a atenção, diz respeito à terceirização como instrumento no aumento do número de acidentes e mortes no trabalho, onde, o grande crescimento do número de empresas terceirizadas, altera a relação social entre capital e trabalho, criando assim novas condições de trabalho e impondo desta forma aos trabalhadores, ritmos de trabalho em função da empresa contratante e contratos por prazo determinado, salários menores, carga horária maior, ritmo de trabalho maior, dentre outros. Logo, a terceirização aumenta potencialmente os acidentes e mortes no trabalho, no qual, a degradação das condições de saúde e segurança no trabalho se deve em grande parte às frágeis condições de trabalho no Brasil. Os terceirizados são mais suscetíveis, logo os riscos e contingências tendem a ser maiores, conforme demonstrado por vários estudos. (Antunes; Praun, 2015, p. 422).

A terceirização atinge até os trabalhadores com vínculo de emprego formal, pois causa uma instabilidade de modo generalizado, uma fragilidade social e um desgaste de nível salarial, criando desta forma, um ambiente propício ao surgimento de patologias dentre os trabalhadores, em virtude desta insegurança generalizada. (Venco; Barreto, 2014, p.298).

O aumento no número de empresas terceirizadas tem um papel impulsionador nas empresas de mais-valia, onde, anteriormente este campo era preenchido pelas empresas estatais prestadoras de serviço, com a privatização, convertem-se em integrantes no desenvolvimento do capital, estendendo a espécie de mais-valia. Fica claramente demonstrado por meio das diferentes formas de terceirização, o surgimento de uma classificação de trabalhadores de primeiro e segundo nível, demonstrando situações de inferioridade e desigualdade, revelando-se também nas jornadas de trabalho mais elevadas, nos altos índices de turn over, ritmo e intensidade no trabalho, etc. (Antunes; Praun, 2015, p.421).

Portanto, a terceirização favorece o aumento da concorrência, a estipulação de contratos de trabalho por período definido, conforme o compasso da produção, a divisão da classe trabalhadora e pulverização dos sindicatos, ocasionando uma desunião entre essas classes e conseqüentemente uma precarização e desgaste das condições de saúde e segurança no trabalho, criando um ambiente propício às

patologias, na medida em que decorre a degradação da saúde do trabalhador e das relações sociais entre capital e trabalho.

Precarização

A precarização do trabalho ou flexibilização, influencia muito as relações de trabalho, pois, ocorre uma grande redução no limiar entre a atividade desenvolvida no trabalho e o lapso da vida privada do trabalhador, nas mais variadas configurações de contrato de trabalho, sendo claramente perceptível, no dia a dia deste trabalhador, através do incremento de sua jornada diária de trabalho, onde o que anteriormente era feito por mais de dois funcionários, hoje é feito por um. A precarização pode ser considerada um acontecimento inerente à marca do capital, e ao método de exploração do trabalho pelo capitalismo, ocorrendo de maneira dinâmica, visto que, nos períodos de crise mais ou menos abundante, a precarização caminha lado a lado a crise estrutural. Existe uma tendência à precarização do trabalho em uma proporção global, tendo como demonstração mais clara e visível, o trabalho imigrante. (Antunes; Praun, 2015, p. 412-413).

Portanto, a flexibilização do trabalho causa um impacto profundo na relação trabalho-homem, posto que, o trabalhador labora sob jornada de trabalho que o afasta de seus laços familiares e sociais, gerando desta forma doenças que agravam sua saúde e que podem trazer consequências sérias para sua vida, nos mostrando cada vez mais, uma sociedade doente em função do trabalho.

Nexo de causalidade entre o trabalho e o suicídio

Antes de adentrar especificamente no nexo de causalidade, se faz necessário salientar que o Brasil legitima a teoria do risco social, ou seja, a obrigação mútua em fornecer amparo aos trabalhadores acidentados é de toda a sociedade, através da previdência social juntamente com a teoria da responsabilidade administrativa, onde os empregadores devem apreciar as normas de segurança e higiene do trabalho, com o dever de garantia legal, aos empregados. É imprescindível a presença de uma relação de causa e efeito entre o tripé acidente, trabalho e lesão, bem como a existência do nexo de causalidade, ou seja, a causa foi o trabalho e o efeito foi o acidente. O conceito de nexo de causalidade tem sua origem em leis naturais, sendo o vínculo de causa e efeito, que decorre de uma conduta com o seu resultado, ou seja, é um componente relativo entre a conduta e o resultado, permitindo assim deduzir o que ou quem gerou o dano. O nexo causal é a relação de união da conduta do causador, ao dano provocado por este, sendo parte imprescindível nos casos de responsabilização civil, previdenciária ou trabalhista, independente se responsabilidade for subjetiva – culpa, ou objetiva – risco, para ocorrer a responsabilização, obrigatoriamente tem que existir o nexo de causalidade. (Souza, 2013, p.95-96).

O acidente de trabalho provoca danos físico e patrimonial ao trabalhador, pois, além de acometer o físico, compromete as finanças do trabalhador e de seus dependentes. Igualmente, as patologias psíquicas que tenham correlação com o trabalho, estão elencadas como acidente de trabalho, pois, a depender do transtorno mental sofrido pelo trabalhador, este estará impossibilitado parcial ou totalmente, conseqüentemente terá de ser indenizado. Ademais, nos casos de doenças que tenham nexo de causa com o trabalho, e venham a tirar a vida do trabalhador,

considera-se que ocorreu um dano na esfera moral aos seus familiares, em decorrência da extrema dor a qual estão sofrendo, sendo cabível uma indenização. (Barros Neto, 2011, p.70).

Conforme explanado anteriormente, o empregador responde por situações comprovadas, onde o trabalhador é subjugado a circunstâncias de insegurança no ambiente laboral, tendo o dever de vigilância, fiscalização e advertência, para que tais situações não aconteçam, sendo responsável por condições dignas de trabalho, caso contrário, comportar-se-á com desleixo e culpa, incidindo neste caso, a prerrogativa de recebimento de valores da previdência social, em detrimento ao acidente de trabalho, não descartando a hipótese de reparação civil. (Souza, 2013, p.96-97).

O nexu causal será suspenso nos casos em que houver os seguintes requisitos, transcorre um fato, diferente do fato oriundo; este fato não tem dependência com o fato precedente; a consequência desses fatos não pode mais ser conferida ao fato precedente. (Souza, 2013, p.99).

A organização do trabalho como um todo exerce uma influência na saúde psíquica do trabalhador, causando uma desestrutura mental, bem como ocasionando doenças psicossomáticas profundas, no qual o indivíduo acaba vislumbrando como única e possível solução para o seu sofrimento, o suicídio. Logo, o nexu de causalidade resta evidenciado e configurado, pois, verifica-se uma relação direta entre conduta (organização do trabalho) e dano (suicídio).

No âmbito da justiça trabalhista utiliza-se a teoria da causalidade, onde as doenças preexistentes não excluem o nexu causal, ou seja, se o trabalho exercido pelo indivíduo acentuou a doença preexistente, a doença contraída dever ser classificada como ocupacional. Os acidentes de trabalho, incluso neste rol o suicídio, tem a sua aplicabilidade da doutrina previdenciária à seara da justiça do trabalho, pois, equipara-se aos acidentes típicos e ao reconhecimento do nexu técnico epidemiológico, como forma de especificação da doença profissional, ocasionando desta forma, uma maior custódia ao trabalhador que se acidentou. (Souza, 2013, p.105).

Surge um questionamento se o suicídio pode ser enquadrado como acidente de trabalho, levando-se em conta que houve uma ruptura do nexu de causalidade em detrimento de um ato de autolesão, e como sendo um ato doloso, não poderia ser classificada como acidente. Outros levantamentos contrários à classificação do suicídio com acidente de trabalho surgem, mais especificamente na situação de fraude para favorecer os dependentes e favorecidos da pensão morte. (Barros Neto, 2011, p.137).

Vários são os argumentos contrários, porém, existem julgados a favor do suicídio ser considerado um acidente de trabalho, mostrando uma propensão dentro do ordenamento jurídico e na própria sociedade, a reconhecer que o suicídio tem sua relação direta com o trabalho, partindo do princípio de que exista um nexu de causalidade.

Considerações Finais

Diante do que expus, acerca do tema proposto, o suicídio como acidente de trabalho é uma temática atual, que necessita de mais conhecimento e atenção, pois, trata-se de um problema que envolve e afeta profundamente toda uma sociedade, e não somente ao trabalhador que cometeu tal ato, sendo fundamental o conhecimento de causa, para que possamos repensar e reformular a relação homem-trabalho. A organização do trabalho é peça central na reestruturação da relação entre homem e trabalho, visto que, uma organização do trabalho desestruturada irá causar sérios problemas físicos e psíquicos ao trabalhador, portanto, a mudança na forma de organizar os modos, os procedimentos, as diretrizes do trabalho, será a mola propulsora para uma relação homem-trabalho saudável.

Conforme explanei, um suicídio pode ser considerado um acidente de trabalho, pois, o dever, a obrigação de zelo em relação ao menor indício de um ato suicida, cabe ao empregador tal responsabilização. Não menos importante citei as doenças somáticas e psíquicas oriundas de uma desarmonia psicológica do trabalhador, proveniente da organização do trabalho, e que indiscutivelmente terá como consequência o ato suicida.

De acordo com o que aduzi, a fundamentação do suicídio como acidente de trabalho tem um vínculo com a saúde física e ou psíquica do trabalhador, partindo do pressuposto de que o ato suicida se deu em virtude deste adoecimento. Empregados inseridos numa relação de trabalho desarmônica serão acometidos por doenças psicossomáticas, sofrendo as devidas consequências. Esmiucei a finalidade deste trabalho através de uma definição legal de acidente de trabalho, de uma perturbação psíquica do empregado em face da organização do trabalho e através e uma ligação entre o trabalho e o suicídio.

Evidenciei a importância do presente estudo, para o entendimento de toda a relação que envolve um ato suicida e o trabalho. Mostrei a realidade presente em nosso meio, no qual, o estudo da organização do trabalho é vital para reduzir os sofrimentos, as doenças psíquicas, e por fim o suicídio. Tratei sobre o valor do estudo da disciplina de psicopatologia do trabalho, como mecanismo para uma nova forma de pensar e agir frente à organização do trabalho. Por fim, mencionei a relevância deste estudo para a sociedade, pois, trata-se de um enfrentamento coletivo ao problema, onde toda a sociedade é impactada, necessitando de conhecimento para estar mais bem preparada, a fim de saber lidar com tal situação.

Portanto concluí que todos os atos praticados contra a saúde física e psíquica do trabalhador, que tenham relação direta ou indireta com a organização do trabalho, com as relações hierárquicas ou entre trabalhadores, os atos de instigação ao suicídio, por ação ou omissão, ou seja, todos os atos que tenham decorrido de uma relação com o trabalho, devem ser considerados como acidente de trabalho, inclusive cabendo indenização por parte do empregador. Reforcei as diretrizes de nossa carta magna, ao tutelar o maior bem de todos, que é a vida digna, incluindo-se aí o ambiente de trabalho, no qual o empregador deve zelar pela integridade física e mental dos trabalhadores, sendo este plenamente responsável pelos controles deste ambiente, sendo que, os acidentes de trabalho, como sendo um ato ilícito, geram a responsabilização previdenciária, penal e civil do empregador. A responsabilização e obrigação de indenizar oriundo da culpa, impulsiona o ser humano a viver em sociedade, respeitando o próximo.

Referências

ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. A Sociedade dos adoecimentos no trabalho. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 123, p.407-427, 09 jun. 2015. Trimestral.

BARROS NETO, Roldão Lopes de. **O Suicídio como Acidente de Trabalho**. São Paulo: Edicon, 2011. 144 p.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: Estudo de psicopatologia do trabalho**. 5. ed. [s.i.]: Cortez Editora, 2003. 168 p. Tradução de: Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira.

DEJOURS, Christophe; BÈGUE, Florence. **Suicídio e Trabalho: O que fazer?**. França: Paralelo 15, 2009. 126 p. Tradução: Franck Soundant Revisão técnica: Laerte Idal Sznelwar & Selma Lancman.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

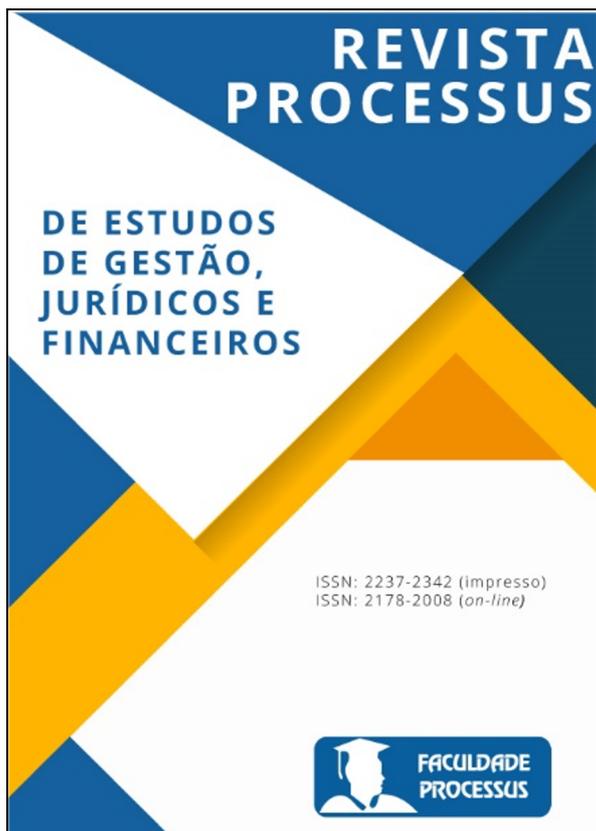
GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

SOUZA, Lilian Castro de. Acidente do Trabalho: Nexos de causalidade, concausa e doenças ocupacionais. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, SP**, nº 14, p. 95-106, 2013.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG**, v. 46, nº 76, p. 27-44, jul/dez 2007.

VENCO, Selma. BARRETO, Margarida. O sentido social do suicídio no trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, v. 80, nº 1, p. 294-302, jan/mar 2014.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de Pesquisa**. Departamento de Ciências da Administração/UFSC, Florianópolis, 2ª edição reimpressa, 134 páginas, 2013.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DESSA GARANTIA FUNDAMENTAL

Health Judicialization: Challenging the Effectivation of the Fundamental Guarantee.

*Lorena Abrão Pimenta dos Santos¹
MSc. Jonas Rodrigo Gonçalves²*

Resumo

O tema deste artigo é A Judicialização da Saúde: Desafio da Efetivação dessa Garantia Fundamental. Investigou-se o seguinte problema: “A judicialização provoca injustiça?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “Não é injustiça na medida em que o Estado não oferece a saúde de forma eficaz.” O objetivo geral é “Demonstrar a maior causa da judicialização.” Os objetivos específicos são: “Investigar o setor mais afetado pela falta de atendimento”; “Examinar o Estado como garantista de direitos”; “Demonstrar as razões da judicialização”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido à quantidade de óbitos, no aguardo de atendimento emergencial de saúde; para a ciência, é relevante por provocar a percepção de que investir em atendimento emergencial, é primordial para reduzir a judicialização; agrega à sociedade pelo fato de tal premissa salvar vidas, o bem de maior valor dentro do ordenamento jurídico, essencial para o Estado Democrático de Direito. Trata-se de

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Processus.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Judicialização. Garantias. Saúde. Dignidade. Políticas Públicas.

Abstract

The theme of this article is The Judicialization of Health: Challenging the Effectivation of the Fundamental Guarantee. The following problem was investigated: "Does judicialization cause injustice?" The following hypothesis was considered: "It is not injustice to the extent that the State does not offer health effectively." The overall objective is to "Demonstrate the leading cause of judicialization." The specific objectives are: "Investigate the sector most affected by the lack of care"; "Examine the State as a guarantor of rights"; "Demonstrate the reasons of judicialization". This work is important from an individual perspective because of the number of people dead awaiting emergency health care; for science, it is relevant because it provokes the perception that investing in emergency care is essential to reduce judicialization; it adds to society for the fact that such a premise saves lives, the most valuable asset within the legal system, essential for the Democratic Rule of Law. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Judicialization. Guarantee. Health. Dignity. Public Policies.

Introdução

É imperioso afirmar que a judicialização da saúde é uma injustiça na medida em que a VIDA é o bem jurídico de maior valor dentre os Direitos e das Garantias Fundamentais imutáveis da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Sem a VIDA o direito não subsiste destarte, é dela que se promove todos os direitos constituindo-se o nosso maior bem. Assim sendo, deve ser preliminarmente tutelado por ser fundamental para o exercício de fato do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a propositura de ações no judiciário é a forma de efetivar a garantia fundamental do direito a saúde da qual é uma obrigação Constitucional do Estado, garantir sua promoção e efetivação.

A judicialização tanto pode ser vista como um meio para alcançar a garantia fundamental do direito a saúde quanto uma intromissão impertinente do Poder Judiciário, no andamento da política de saúde. No entanto, são escassos os estudos no Brasil no que se refere a judicialização da saúde, por isso não se deve deturpar esses dois bens judicializados. Esses desafios podem se caracterizar como anomalias da política ou mesmo um obstáculo para o conhecimento da política para que então promova sua efetivação nas diferentes esferas do Poder Público, pois apontam para questões diferentes nas cortes. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 592).

Este artigo visa responder problema a seguir: "A judicialização provoca injustiça?". Para que o direito social a saúde seja efetivada de maneira que, viabilize o acesso a esse Direito constitucionalmente previsto como uma garantia fundamental, muitas vezes é necessário recorrer ao judiciário para conseguir sua efetivação, todavia é afirmado que a judicialização da saúde provoca injustiças sobrecarregando o orçamento público.

No ambiente democrático atual, a ocorrência da judicialização da saúde representa protestações e uma forma legítima de os cidadãos reivindicarem seus direitos para garantir a promoção de forma ampla da cidadania preconizados nas leis nacionais e internacionais. A judicialização envolve diversas dimensões, políticas,

éticas, sociais, econômicas, sanitárias, as quais são muito mais do que seus elementos jurídicos e da gestão dos serviços públicos. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p.78).

A hipótese versa diante do problema em debate foi “Não é injustiça na medida em que o Estado não oferece a saúde de forma eficaz. ”. Injustiça é o Estado não conceder a garantia fundamental à saúde de forma eficiente.

A ordem constitucional contemporânea concede ao cidadão uma atuação como um sujeito de direitos, e não como um simples objeto de políticas estatais ou emissário de necessidades a serem concedidas. É estabelecido que o Estado é o principal encarregado pela efetivação das atribuições legais universalmente, igualmente e democraticamente, de forma que atenda de fato os anseios atuais de todos os cidadãos. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 95).

O Objeto Geral deste artigo é: “Demonstrar a maior causa da judicialização da saúde”. É afirmado em muitos artigos nacionais que, a maior causa da judicialização da saúde no Brasil é a requisição de medicamentos. No entanto, diante de estudos confiáveis esse argumento não é comprovado. Sendo a maior causa da judicialização da saúde, demandas referentes a concessão de internação nos leitos de Unidade de Terapia Intensiva de hospitais da rede privada. Sendo assim, é possível afirmar que o sistema de saúde público oferece de forma precária e desumana, os atendimentos emergenciais.

Os resultados das pesquisas efetuadas na unidade de análise, TJDFT, indicam que a maior causa da judicialização da saúde foi o acesso a leitos de UTI na rede de saúde particular (66%), uma vez que há uma grande carência desses leitos na rede pública. Outra causa frequente requerida nas ações, é a reivindicação por assistência médica (13%), entretanto é muito menos frequente que o acesso à UTI. Os processos que reivindicam medicamentos, representam apenas 15% das ações impetradas, o que causa uma divergência com a literatura nacional, que afirma que a principal causa da judicialização da saúde seriam os medicamentos. Não existe na literatura nacional, comprovações evidentes que sejam comparadas ao que foi encontrado no DF. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

Os Objetivos Específicos deste trabalho são; “Investigar o setor mais afetado pela falta de atendimento”; “Examinar o Estado como garantista de direitos”; “Demonstrar as razões da judicialização”. É contraditória, a afirmação de artigos nacionais de que, a maior causa da judicialização seja os medicamentos, uma vez que, há carência de estudos que comprovem essa tese. Através de estudo e pesquisa confiável pode-se afirmar que, a maior causa da judicialização é a falta de leitos em UTIs e atendimentos emergenciais. Sendo assim, é fica claro que o Estado não garante com eficiência esse direito fundamental na medida em que, oferece de forma precária e desumana, os atendimentos emergenciais.

Existe uma grande dificuldade no trabalho de avaliar a partir das demandas judiciais, as necessidades dos serviços de saúde reivindicados. Contudo, há informações no curso dos processos que trazem indicações importantes sobre a razoabilidade do que é demandado. Durante pesquisas realizadas foi constatado que os serviços de saúde mais reivindicados nas demandas judiciais são a cobertura para serviços urgentes de saúde. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

Este artigo é extremamente relevante em uma perspectiva individual, devido à quantidade de óbitos no aguardo de atendimento emergencial de saúde, de forma desumana, nos corredores dos hospitais públicos. Contribui em uma perspectiva pessoal na medida em que comprova que muitas afirmativas sobre o tema são falácias baseadas em fundamentação contraditória.

Esse estudo é relevante para a ciência por provocar a percepção de que investir em atendimento emergencial, é primordial para reduzir a judicialização. Expõe informações confiáveis, baseadas em pesquisas fundamentadas de forma concreta.

Essa pesquisa agrega à sociedade pelo fato de tal premissa salvar vidas. O bem de maior valor dentro do ordenamento jurídico, é a vida, essencial para o Estado Democrático de Direito sendo óbvio que, sem a vida o direito subsiste.

A produção do presente artigo tem como base um estudo teórico, instrumentalizado por meio de pesquisas de artigos científicos, e entrevistas no Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo necessária extensa pesquisa para explorar a raiz dos problemas que envolve a saúde pública no Brasil, com o objetivo de buscar compreender a atual situação e o posicionamento dos entes federativos envolvidos para a efetivação de fato dessa garantia constitucional, de forma igualitária sem prejuízo ao cidadão e ao estado democrático de direito. Por fim, o trabalho foi conduzido por uma avaliação qualitativa das informações encontradas, de forma que seja focado na missão do tema principal abordado, qual seja, à melhor forma para a efetivação da saúde no Brasil. A pesquisa, estudos explorados nos artigos e o trabalho escrito foram executados em 4 meses.

Pelo fato da elucidação do tema melhor por meio do exame dos resultados das questões abordadas e de certo modo investigar o que foi relatado, a metodologia usada na pesquisa deste artigo é a qualitativa. (GONÇALVES, 2019, p. 45)

A Judicialização da Saúde: Desafio da Efetivação dessa Garantia Fundamental.

É recente no Brasil o debate em torno da judicialização da saúde. Para entender essa judicialização, é necessário reconhecer uma dificuldade integral e múltipla de reclames de bens e garantias nas cortes: são serviços, leitos, medicamentos, atendimento, no âmbito de diferentes pleitos a serem protegidas através da premissa do direito à saúde. Posto que é errônea a procedência da questão, não unicamente pela escassez de estudos empiristas pautados e comparativos no território Nacional, não obstante sobretudo, pela extensão da judicialização e seus diversos graus de representação nas cortes. Em decorrência encontram-se fundamentos divergentes para indagar as consequências da judicialização da garantia à saúde no país: dentre um perspectiva se anuncia a possibilidade de efetivação do direito, no entanto por oposto verifica-se a ameaça, caso o veredito forense não utilize parâmetros claros e regulares, de a judicialização tanger certa intervenção impertinente do Judiciário e nas políticas públicas, em outras palavras, que não seja provido de dados eficazes para uma adequada apreciação segundo à possibilidade e adaptação técnica e orçamentária do direito demandado (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 592).

Segundo estudos nacionais o bem judicializado predominante, é o medicamento. No entanto, estes dados não são comprovados através de estudos comparativos no âmbito nacional, razão pela qual devem ser apreciados com precaução tendo em vista que admitem divergentes metodologias de restauração das evidências. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 592).

Com intuito de obter sua efetividade, os direitos sociais requerem prestações Estatais, logo são considerados direitos prestacionais, exigindo assim uma presença ativa do ente estatal. Entretanto, segundo Firmino, o fato de o Estado perder o equilíbrio de sua economia, impede a aplicação dos direitos sociais e, advindo da obrigação defender um mínimo fundamental a uma vida digna. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 89).

Conforme preconiza a CF/88, a saúde é um direito fundamental, da qual é garantida a todo cidadão brasileiro, que o Estado deve assegurar por meio de políticas públicas a efetivação de forma igualitária e universal às ações em prol dos serviços de saúde. Contudo, o desequilíbrio de recursos financeiros causados tanto pela judicialização quanto pela corrupção são desafios significativos para que ocorra a efetivação da saúde em sua devida proporção.

A judicialização tanto pode ser vista como um meio para alcançar a garantia fundamental do direito a saúde quanto uma intromissão impertinente do Poder Judiciário, no andamento da política de saúde. No entanto, são escassos os estudos no Brasil no que se refere a judicialização da saúde, por isso não se deve deturpar esses dois bens judicializados. Esses desafios podem se caracterizar como anomalias da política ou mesmo um obstáculo para o conhecimento da política para que então promova sua efetivação nas diferentes esferas do Poder Público, pois apontam para questões diferentes nas cortes. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 592).

Por conseguinte, a eficácia é, inúmeras vezes, limitada, uma vez que subordina-se a uma execução assertiva do Estado. Outrossim, o fato de comportar obrigações de fazer e obrigações de não fazer para a sua efetivação, faz com que o diagnóstico assertivo encontre-se distante de ser converso em expectativas absolutamente exigíveis, em outras palavras em mecanismos eficazes para cumprir as necessidades básicas. Logo, quanto a sua aplicação, as constituições atuais formulam o dogma da aplicabilidade imediata (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 87).

A maior parte dos países que adotam o sistema universal da saúde não assegura o direito à saúde, no entanto garante acesso aos serviços de saúde. O Brasil vivencia um cenário original no panorama mundial dos últimos dez anos de judicialização da saúde. O bem tutelado no Brasil é o direito à saúde. O conceito de saúde é obscuro para que se resolva este conflito. Uma fração importante da judicialização da saúde não destina-se à garantia do direito à vida, mas fundamenta-se em outro princípio potencialmente abstrato, o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como objetivo do direito à saúde, uma forma de garantir a dignidade. É nesse cenário argumentativo e de confronto entre a efetivação da política e a procura progressiva do Judiciário para ascensão da assistência em saúde que é analisado a maior causa da judicialização da saúde, sendo a unidade de análise para estudo de caso, o Distrito Federal. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 592).

Sob essa ótica, percebe-se que a judicialização que ocorre em uma tentativa de efetivar a garantia constitucional a saúde, sobrecarrega o orçamento faltando recursos para outros setores da saúde pública, por outro lado, a judicialização não seria necessária se o Estado oferecesse o atendimento emergencial sendo ele a maior causa da judicialização.

Respaldo-se em pesquisas, constatou-se que para o cidadão viver dignamente é primordial que determinados direitos sejam assegurados de forma mais eficaz, sendo necessário que seja substancializado na Constituição, para então serem conceituados direitos extremamente fundamentais à vida, ao passo que caso não sejam efetivados, implica a ameaça de não alcançar uma vida digna, conforme dispõe a Constituição do Brasil de 1988. (SILVA; PÍTSICA, 2018, p.57).

É reconhecido como um direito fundamental, no âmbito nacional e internacional, o direito a saúde do qual deve ser assegurado aos cidadãos através de ações e políticas públicas que viabilizem o acesso de todos, com o objetivo do bem-estar. Sendo o direito a saúde um direito social do qual deve ser disponibilizado por meio de assistência à saúde, serviços e insumos, os quais devem ser efetivados de forma individual e coletiva. O diagnóstico do direito à saúde sendo como circunstancial

para a dignidade humana e, por conseguinte sua materialização nas leis, políticas públicas e jurisprudências, apresentam distensões acerca das deliberações de doença e saúde, bem como quais as garantias dos cidadãos e incumbências dos Estados. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p.82).

O elo entre o direito a saúde e a dignidade é intrínseco na medida em que para que seja garantido esse direito, a fundamentação deve ser baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. Sobe essa ótica, é pressuposto para que a dignidade da pessoa exista, sendo essencial um mínimo de conteúdo pautado no direito fundamental social. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 592).

É de extrema relevância o direito a saúde por ser indissociável à vida sendo essencial a sua proteção, tendo e vista que sem a vida não existe o direito, portanto devendo ser primordialmente protegida pelo Estado, o qual é o responsável por tutelar essa garantia constitucional e essencial para a sobrevivência do cidadão.

Diante disso, deve-se avaliar a dignidade da pessoa individualmente, não se desconsiderando a dimensão social que a dignidade abrange. Nesse ponto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em seu precedente Niños de la calle identifica o direito à vida com dignidade como sendo “não apenas a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, senão também a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico”. (STURZA; BARRIQUELLO, 2018, p.269).

A essencialidade dos direitos fundamentais sociais é tutelada pela constituição de 1988, tendo, portanto, grande relevância jurídica, já que contém um conteúdo mínimo existencial, sendo englobados no conteúdo jurídico do princípio da dignidade. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 85).

Enquanto direito fundamental, a saúde é garantida a todo cidadão brasileiro, conforme previsão expressa nos artigos 6º e 196 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 a qual obriga o Estado assegurar, por meio de políticas públicas, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Porém, vários problemas atingem o setor público e a própria população, o que faz com que o atendimento de forma integral seja um desafio constante para a efetivação da saúde em sua devida proporção. (STURZA; BARRIQUELLO, 2018, p.269).

Conforme preconiza a CF/88, a saúde é um direito fundamental, da qual é garantida a todo cidadão brasileiro e que o Estado deve assegurar por meio de políticas públicas a efetivação de forma igualitária e universal às ações em prol dos serviços de saúde. Contudo, o desequilíbrio de recursos financeiros causados tanto pela judicialização quanto pela corrupção são desafios significativos para que ocorra a efetivação da saúde em sua devida proporção.

Destarte, toda vez em que o Poder Legislativo ou Executivo demonstrarem ineficiência, na efetivação desses direitos, o Poder Judiciário deve apresentar-se competente para efetiva-los. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 98).

Os frutos da investigação defrontam alguns argumentos predominantes da discussão em âmbito nacional, que alega que os medicamentos é o bem mais judicializado e que é pleiteado pelas elites. Os dados indicam que a ocorrência da judicialização possui divergentes aspectos os quais incorporam o mesmo conceito. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 591).

Desta forma, é certo que na medida em que os cidadãos pleiteiam mudanças, a tendência da resposta do Estado, visa satisfazer as necessidades do povo de modo que entenda ser o melhor para os cidadãos. Assim, observa-se que surgiu uma grande necessidade de assegurar uma vida com dignidade aos cidadãos, através da Constituição de 1988, o Estado então procura efetivar a garantia de uma vida com

dignidade ao cidadão brasileiro, pois é através da Constituição de 1988 que surgiu o direito de usufruir de uma forma geral de direitos e garantias fundamentais da qual preconiza a Constituição. (SILVA; PÍTSICA, 2018, p.56).

Reconhecer que o Estado é uma estrutura é de extrema importância para entender que ela é composta por instituições, com cargos regidos por regras da Constituição Da República Federativa do Brasil que, ordena e organiza a sociedade de forma que ela funcione, uma vez que, as instituições que farão essa sociedade funcionar, suas funções, seus cargos, suas obrigações, portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o esqueleto que dá sustentação ao Estado. É uma estrutura relativamente fixa, uma vez que não a mudamos a todo momento

Sendo assim, o debate sobre direito social, cultural e econômico apresenta-se como uma efetivação da democracia, sucedendo a discussão da função do estado social na vida dos cidadãos, de forma que torne acessível aos serviços de saúde sem distinções de classes. (STURZA; BARRIQUELLO, 2018, p.267).

Baseado na efetivação das garantias e direitos fundamentais, inclusive no foco dado ao valor do princípio da dignidade, percebe-se que surgiram como feedback dos anseios sociais, nesse sentido George Marmelstein (2009, p. 66) cita que, a Constituição Brasileira almejou enterrar o cadáver arrogante da ditadura militar, representando aos cidadãos brasileiros ainda que atrasada, uma democracia sempre esperada. (SILVA; PÍTSICA, 2018, p.56).

No ambiente democrático atual, a ocorrência da judicialização da saúde representa protestações e uma forma legítima de os cidadãos reivindicarem seus direitos para garantir a promoção de forma ampla da cidadania preconizados nas leis nacionais e internacionais. A judicialização envolve diversas dimensões, políticas, éticas, sociais, econômicas, sanitárias, as quais são muito mais do que seus elementos jurídicos e da gestão dos serviços públicos. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p.78).

Conforme preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde é um direito fundamental, da qual é garantida a todo cidadão brasileiro, que o Estado deve assegurar por meio de políticas públicas a efetivação de forma igualitária e universal às ações em prol dos serviços de saúde.

Para que os cidadãos tenham garantida uma vida digna, o Estado deve deliberar o mínimo para a existência, efetivando com isso, a máxima da dignidade humana. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 99).

Advém após o século XIX com a Revolução Industrial a concepção moderna de saúde pública. Momento do qual foi reforçada a atenção sobre o problema sanitário, demonstrado através ocorrência em 1851 da I Conferência Internacional Sanitária, da qual foi ratificada que 12 países. Em 1864 a Cruz Vermelha Internacional foi criada, organização fundamental da qual o objetivo era a garantia da assistência dos feridos da guerra e dos afetados pelas catástrofes naturais, desempenhando até os hoje um papel relevante assistencial. (STURZA; BARRIQUELLO, 2018, p.270).

Nesse quadro, sobressai que que cada etapa avançada e passos dados servem para conquistas de novos direitos no contexto da evolução da humanidade. (SILVA, 2014, p. 05). Diante do exposto é notório que é a partir das constantes mudanças, por conseguinte através das protestações dos cidadãos, que surgem novos direitos a serem efetivados, de forma que atendam às necessidades atuais da sociedade. (SILVA; PÍTSICA, 2018, p.56).

Examinando o sistema da saúde internacional, destaca se a OMS (Organização Mundial de Saúde), que trata como APS (Atenção Primária da Saúde)

sendo a prevenção de doenças e epidemias. No entanto, por não estar sendo eficaz esta prevenção, deveria ser tratada como primordial os atendimentos emergenciais.

Ainda que haja uma discussão acerca da dos impetrantes em diversas demandas da judicialização da saúde no território nacional, apenas faz sentido tal questionamento quando o objetivo é a contestação dos princípios da universalidade que comandam o sistema de saúde. Por ser universal o sistema, não discrimina pelas condições das pessoas para se obter atendimentos, deve, portanto, ser irrelevante a classe social do indivíduo. O questionamento que parece ser mais coerente, entretanto, e que parece ser mais razoável questionar, porém, é se as demandas apresentam realmente mendicâncias de saúde, das quais o poder público deve suprir por obrigação constitucional. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

A dignidade humana é baseada nos direitos fundamentais, bem como no direito da igualdade, conforme dispõe na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que consagra no seu artigo 1º que todos são iguais no que tange a direitos e dignidade. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 93).

Nesse sentido, diante da necessidade de uma atenção maior por parte do Estado em relação aos anseios sociais, decorre o Estado Social, que está ligado à igualdade entre os cidadãos, de forma que essa garantia advém por meio de ações positivas exercidas pelo Estado, que atua visando a justiça social de forma igualitária a todos. (SILVA; PÍTSICA, 2018, p.56).

Avalia-se que o posicionamento atual dos entes federativos envolvidos para a efetivação de fato dessa garantia constitucional, de forma igualitária e sem prejuízo ao cidadão é de extrema importância para estado democrático de direito.

O princípio da dignidade humana não é garantido se for desprovido de uma atuação eficaz por parte do ente Estatal, tendo em vista que os direitos sociais referentes a saúde são qualificados por leis de eficácia limitada. Diante disso, é claro o quanto a política pública do SUS é importante. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 103).

Além disso, é válido alegar que a concepção de saúde tem por objeto o bem-estar de uma forma global, não apenas a ausência de doenças. Essa conceituação de bem-estar e qualidade de vida é preconizado pela Organização Mundial de Saúde, como elementos primordiais para uma vida digna. Contudo, somente serão alcançados tais conceitos se o cidadão usufruir da acessibilidade à saúde de forma eficaz e não for considerado meramente como um dependente de um objeto de consumo. (STURZA; BARRIQUELLO, 2018, p.267).

Deste modo, a dificuldade principal apresentada, da qual representa a ocorrência da judicialização da saúde, é a de que forma o Estado, na esfera dos três Poderes dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve fomentar o direito constitucional a saúde de forma que cumpra sua obrigação da assistência à saúde e implementação de avanços em prol do bem-estar dos cidadãos sem discriminação, visando a igualdade. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 83).

Diferenciar Estado e Governo é necessário para entender que lidar com as estruturas e o funcionamento da Saúde requer conhecimento do sistema de Estado sendo a estrutura e de Governo sendo a administração desta estrutura, das relações institucionais dentro da esfera de políticas públicas, destacando os profissionais e instituições que trabalham em prol da saúde pública, para a efetivação dessa garantia Constitucional essencial para manutenção da vida e da dignidade.

Sendo assim, os direitos fundamentais, tem como objetivo ratificar o princípio da dignidade, percebe-se o quão necessário é a garantia da efetivação desses direitos. Ao passo que não sendo efetivado, cabe dizer que, a existência do indivíduo de forma digna estaria sob ameaça na medida em que, o mecanismo mais

contundente para que seja garantida a dignidade humana, são os direitos fundamentais preconizados na Constituição de 1988. (SILVA; PÍTSICA, 2018, p.57).

Dentre as políticas públicas que compõem as normas infraconstitucionais recepcionadas pela Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei 8.142/90 que corresponde a um relevante progresso do qual é voltado para maior assistência da saúde aos cidadãos. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 103).

Nesse sentido a acessibilidade ao direito da saúde, de forma igualitária e gratuita ao SUS é fundamentado na Constituição Federal de 1988 e na norma infraconstitucional 8.080/90. O que difere o SUS do sistema de justiça é que, o pressuposto para o acesso ao SUS é a gratuidade, ao passo que o acesso a gratuidade de justiça é concedido apenas aos autores que comprovarem a hipossuficiência. Não sendo necessário demonstrar a inviabilidade de assumir os custos de materiais e/ou procedimentos de saúde requisitados. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 89).

Identifica-se que o Estado está com problemas em várias instituições de forma que a influência dessa problemática atinge seus órgãos e conseqüentemente dificulta o trabalho do governo que esteja no poder, uma vez que a desordem é notória e muitas vezes causadas por falta de políticas públicas efetivas de estado que regre melhor as políticas de governo que muitas vezes foram e são as causas das problemáticas que causaram tantas desordens abalando a Estrutura Estatal por falta de uma Gestão eficiente.

Após estudos e pesquisas não houve comprovações de que a judicialização da saúde seja provocada em sua maioria pelas elites. A grande maioria dos processos (95%) foram impetrados através da defensoria pública, o que presume a hipossuficiência das partes. Somente 4% foram impetrados através de escritórios da advocacia privada. Outro indício da classe social dos impetrantes dispostos nos estudos nacionais, é a origem das receitas medicas onde constam os serviços de saúde necessitados. Novamente as evidências indicam que a judicialização não é exclusivamente um fenômeno demandado pelas elites. Somente 9% das ações partem de receitas advindas de médicos da saúde privada. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

De uma forma geral, os estudos acerca da judicialização da saúde focalizam vigorosamente os resultados prejudiciais desse tipo de ação na administração pública e na gestão das políticas de saúde. (BARATA; CHIEFFI, 2009; MARQUES; DALLARI, 2007; VIEIRA; ZUCCHI, 2007). Um dos principais argumentos é que essa forma de interferência no SUS agravaria as injustiças no ingresso à saúde, favorecendo certa classe social, com mais acesso ao poder de impugnação, em prejuízo de outras, tendo em vista que as necessidades particulares ou de certas classes seriam atendidas em detrimento de outras classes e cidadãos. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 79).

Existe uma grande dificuldade no trabalho de avaliar a partir das demandas judiciais, as necessidades dos serviços de saúde reivindicados. Contudo, há informações no curso dos processos que trazem indicações importantes sobre a razoabilidade do que é demandado. Durante pesquisas realizadas foi constatado que os serviços de saúde mais reivindicados nas demandas judiciais são a cobertura para serviços urgentes de saúde. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

Vale dizer que a judicialização ocorre em uma tentativa de efetivar a garantia constitucional a saúde, sendo imperioso afirmar que a maior causa da judicialização seja os medicamentos e reivindicados e que esse seja o motivo da sobrecarrega do orçamento e que por esse motivo falta recursos para outros setores da saúde pública,

na medida em que essa premissa não é comprovada por estudos de casos e pesquisas de campo. A judicialização não seria necessária se o Estado oferecesse o atendimento emergencial sendo ele a maior causa da judicialização, essa afirmação sim é comprovada através de estudos e pesquisas a seguir.

A partir de dados analisados, foi permitido afirmar que o deferimento da justiça gratuita com base hipossuficiência do impetrante, nas reivindicações por medicamentos na judicialização da saúde, é majoritária nas demandas. Mesmo sendo considerado que as normas de saúde para o ingresso gratuito são diferentes das normas legais do sistema de justiça, pode ser considerado que o demandante sendo hipossuficiente, também não tem também condições financeiras para assumir as despesas de seu tratamento, levando ainda em consideração que os custos judiciais são menores do que os custos de certos tratamentos de saúde. Sob essa ótica, pelo fato da demanda ser alta, não significa que viole a igualdade do acesso a saúde pública, demonstra que tem beneficiado o acesso dos cidadãos hipossuficientes, aos medicamentos prescritos e ao sistema judicial. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 90-91).

Através de dados coletados traz a comprovação de renda da qual a mais alta foi de R\$ 3.809,00 enquanto a mais baixa de R\$ 354,05. Indica ainda, que 7% dos impetrantes são analfabetos e 20% das ações são baseadas nos argumentos da hipossuficiência dos requerentes. Por outro ângulo, a comprovação ou não da hipossuficiência econômica deve ser analisada com cuidado, na medida em que sendo o SUS uma política pública de saúde universal, ou seja, não sendo delimitada por classe social, não há argumentos legais para que a renda seja um critério para que seja possível reivindicar a necessidade e o direito a saúde pública através da judicialização. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

O Estado Democrático de Direito presume o acesso ao judiciário através do direito de ação caso haja, lesão, ameaça ou violação de direitos dos cidadãos. E, para que esse direito seja exercido, a prerrogativa da justiça gratuita significa, a viabilidade do acesso aos hipossuficientes. Assim sendo, a assistência gratuita de justiça ofertada através das Defensorias Públicas no Brasil, integra um direito fundamental dos cidadãos, assim como a saúde pública e, portanto, uma obrigação Constitucional. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 89).

A falta de leito para internações nas UTIs públicas, fazem com que a população recorra ao judiciário para solicitar que o Estado custeie o leito em hospital particular sendo que, a demanda desse tipo de ação é cada vez maior, gerando a então judicialização da saúde.

Os resultados das pesquisas efetuadas no TJDF, indicam que a maior causa da judicialização da saúde foi o acesso a leitos de UTI na rede de saúde particular (66%), uma vez que há uma grande carência desses leitos na rede pública. Outra causa frequente requerida nas ações, é a reivindicação por assistência médica (13%), entretanto é muito menos frequente que o acesso à UTI. Os processos que reivindicam medicamentos, representam apenas 15% das ações impetradas, o que causa uma divergência com a literatura nacional, que afirma que a principal causa da judicialização da saúde seriam os medicamentos. Não existe na literatura nacional, comprovações evidentes que sejam comparadas ao que foi encontrado no DF. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

O pluralismo moral do qual existe nas sociedades democráticas traz também o viés da forma abstrata do que seria justo, cabe então atentarmos inclusive para a complexidade de estabelecer a conexão através da legislação vigente e da garantia vivida. Ou de acordo com a legislação vigente, que legitima o direito à saúde a um

modelo universal, global e gratuito, conforme uma norma justa. E o direito vivido, que indica violações diárias consequentes das grandes desigualdades sociais e particulares combinadas com a carência dos sistemas públicos de saúde, que evidenciam a imperícia do Estado (ou a escassez de interesse político) de acolher às urgências dos cidadãos. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 89).

O Estado não atinge a máxima eficiência na efetivação da saúde pública, para assegurar a garantia ao acesso da saúde aos cidadãos de uma forma geral, em função de inúmeros fatores, sendo que um dos principais é a pobreza que impede a garantia da saúde e ameaça o bem-estar social em um contexto geral. Além disso, de acordo com o preconizado na Declaração de Filadélfia, para que se alcance a paz universal deve ser baseada sempre na justiça social. Segundo Supiot, o aporte dado por essa Declaração, foi permitir dar um significado universal para a compreensão da justiça social, e o de obter a promoção do objetivo fundamental. (STURZA; BARRIQUELLO, 2018, p. 278).

A corrupção e superfaturamento são outras causas do descontrole no orçamento público, bem como, o fato de a quantidade de médicos e profissionais da área serem insuficientes para atendimento de um número grande de pessoas que necessitam da saúde pública, é outra causa da judicialização. Portanto, o Estado é uma estrutura que atualmente está em desequilíbrio, afetando assim todos os setores devido à falta de gestão eficiente dos recursos públicos aliados a altos índices de corrupção.

Nesse sentido, quem analisa a prioridade é o Poder Público, com a sua discricionariedade, entretanto, se faz mister ressaltar que essa discricionariedade deve ser acompanhada pela sociedade, além disso, tal atividade deve se pautar nos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, corolários da boa governança e da Administração Pública. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 101).

O direito à saúde demanda o direito da garantia da vida, do bem-estar do cidadão, sendo necessário que o judiciário analise como autoridade absoluta, o médico que ampara o autor do processo judicial, submetendo ao SUS a proporcionar o tratamento indicado. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 86).

O paradigma dos processos demandados na judicialização da saúde, indicam ser seguros os diagnósticos descritos pelos médicos que são impetrados nos pedidos judiciais. Esses diagnósticos mostram um predomínio de doenças agudas (78%) no aglomerado de casos. Ressalta-se que quase todos esses diagnósticos foram prescritos por médicos do sistema público de saúde. A ausência de assistência em saúde, desencadeia a judicialização, que resulta da omissão das políticas que demandam por tratamentos dos quais não são oferecidos pelo ente estatal. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 594).

Importante sintetizar que o Estado é uma estrutura, para concluirmos que qualquer problema que ocorra em suas instituições influenciará em seus órgãos de forma que irá abalar sua estrutura e conseqüentemente em sua sustentação, assim como ocorre no corpo humano. Percebe-se ainda, que se a atenção primária fosse sob a ótica dos atendimentos de urgência, diminuiria significativamente a judicialização da saúde tendo em vista que, ela ocorre para efetivar direitos garantidos constitucionalmente.

A ordem constitucional contemporânea concede ao cidadão uma atuação como um sujeito de direitos, e não como um simples objeto de políticas estatais ou emissário de necessidades a serem concedidas. É estabelecido que o Estado é o principal encarregado pela efetivação das atribuições legais universalmente, igualmente e

democraticamente, de forma que atenda de fato os anseios atuais de todos os cidadãos. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 95).

Posto que, o princípio da dignidade é efetivado por meio da consumação da garantia direito social a saúde e assistência médica gratuita e universal, por meio da política pública do Sistema Único de Saúde, é notório que, o princípio da dignidade humana é efetivado dessa forma. Portanto, é evidente que as políticas públicas são meios capazes de efetivar os direitos sociais, por conseguinte, a dignidade humana, uma vez que é através das prestações do Estado, que é efetivado essas garantias aos cidadãos. (LIEBI; DEMARCHI, 2018, p. 103).

As receitas médicas originárias de atendimentos públicos de saúde, associadas a hipossuficiência comprovada e concedida na maior parte das demandas no judiciário, é a comprovação de que a alegação da elitização da judicialização não pode ser fundamentada em todo território nacional, tendo em vista que os dados colhidos no Distrito Federal confrontam essa afirmação. A outra alegação exposta em artigos brasileiros de que a maior causa da judicialização é a reivindicação de medicamentos de custo alto, dos quais não são incluídos nas políticas de saúde, não foi comprovada também através das pesquisas. A causa de pedir majoritária refere-se a internações em UTIs, Unidades de Terapia Intensiva. Como conclusão percebe-se que são essenciais mais estudos com comprovações acerca da judicialização da saúde avaliasse que são necessários mais estudos com evidências sobre a judicialização da saúde para que assim seja admissível ratificar argumentos globais sobre a questão em epígrafe. A pesquisa efetivada traz indicativos de que não é verossímil consolidar que a demanda da judicialização da saúde é uma concentração da elite brasileira e que a causa de pedir dominante das ações é a obtenção de medicamentos. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 596).

Considerações Finais

A judicialização da saúde tem acontecido em face do estado não ter efetivado o acesso a essa garantia fundamental. A judicialização tem sido eficaz pelo fato de que foi a forma que os cidadãos encontraram para ser atendido e fazer valer seu direito a saúde, garantido constitucionalmente.

O problema que tem sido muito afirmado e por vezes questionado foi: A judicialização da saúde vem causando injustiças? Não é injustiça na medida em que o Estado não ofereceu a saúde de forma eficaz. Injustiça é o Estado tem cometido não concedendo a garantia fundamental à saúde de forma eficiente.

Demonstramos como objetivo geral a maior causa da judicialização da saúde. Identificamos ainda, como objetivos específicos; o setor mais afetado pela falta de atendimento ademais, analisamos como o Estado vem garantindo esses direitos e finalmente identificamos as razões da judicialização”.

Interpretamos que a ausência de atendimentos de urgência, facilitou a ocorrência de muitos óbitos nos corredores dos hospitais públicos, em face desse descaso desumano. Percebemos que este estudo foi relevante para a ciência sob a perspectiva de que, investir em atendimento emergencial, é primordial para reduzir a judicialização sendo assim, apresentamos informações confiáveis que, foram baseadas em pesquisas concretas e fundamentadas. Agregamos à sociedade, pelo fato de tal premissa salvar vidas; bem de maior valor dentro do ordenamento jurídico, essencial para o exercício de fato do Estado Democrático de Direito outrossim, compreendemos então que, sem a vida o direito subsiste.

Os debates dos quais foram expostos e alegados que o principal bem judicializado no Brasil foram os remédios, com intuito da obtenção de medicamentos

de custo elevado, não foram comprovados pelas pesquisas efetuadas em todo território nacional. A causa de pedir majoritária refere-se a internações em UTIs. Como conclusão, reconhecemos a grande dificuldade que passamos para encontrarmos pesquisas e estudos confiável que versassem sobre o tema em epígrafe.

Concordamos então que, são essenciais mais estudos com evidências fáticas, fundamentadas e concretas acerca da judicialização da saúde. Com a conclusão da pesquisa e através dos indícios apresentados concluímos que não é verdade a alegação de que, a judicialização da saúde seria causada pela elite brasileira, assim como não foi possível afirmar que o maior número de processos no judiciário foram as ações requerendo medicamentos, quando na realidade ocorreu em maior número o fenômeno da judicialização pleiteando atendimentos de urgências em UTIs.

Referências

SILVA, Quezia Lucineia de Oliveira da. PÍTSICA, Helena Nastassya Paschoal. Os Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana na constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista da ESMESC**, v.25, n.31, 2018.

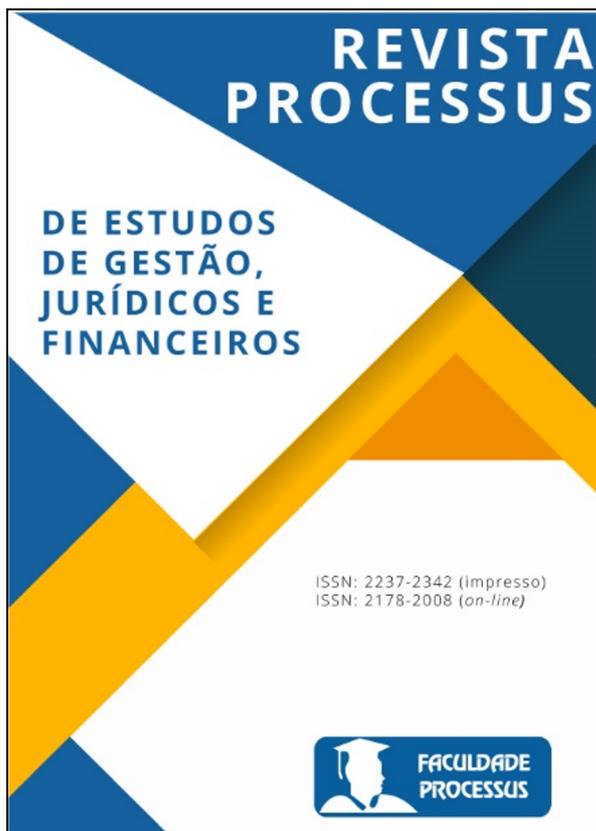
LIEBL, Helena. DEMARCHI, Clóvis. A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, v.25, n.31, 2018.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; EDAIS PEPE, Vera Lúcia; ROLAND SCHRAMM, Fermin. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, vol. 20, n. 1, 2010.

DINIZ, Débora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. SILVA, Janaina Lima Penalva da. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Revista Ciência & saúde coletiva**. v.19, n.2, 2014.

STURZA, Janaína Machado. BARRIQUELLO, Carolina Andrade. O Reconhecimento da saúde como bem de consumo: outro olhar sobre o Direito Humano à saúde na sociedade contemporânea. **Revista Jurídica CESUMAR**. v. 18, n. 1, 2018.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL¹

NETWORKS SOCIAL AND CONSTITUCIONAL CROWDSOURCING

Álvaro Osório do Valle Simeão²

Fabiana da Silva Guimarães Milhomem³

Resumo

O tema deste artigo é *Crowdsourcing* Constitucional. Este artigo pretende responder ao seguinte problema: “Como as redes sociais podem influenciar na interpretação hermenêutica constitucional?”. Cogitou-se as seguintes hipóteses: aferir a tendência das redes sociais como veículos de convencimento sobre questões constitucionais e avaliar a possibilidade do *crowdsourcing* na elaboração de normas constitucionais. Possui como objetivo geral demonstrar a persuasão da utilização das redes sociais sobre a hermenêutica constitucional e o poder constituinte. Para os operadores de direito é possível associar as tecnologias digitais com o Direito Constitucional; para a

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Érida Cassiano Nascimento, graduada em Letras pela Universidade Católica de Brasília; revisora de textos no Tribunal Superior Eleitoral.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (1997) e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro (2004), além de Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub/DF (2008). Cursa atualmente o Doutorado em Direito, como aluno regular, na mesma instituição. Atualmente é professor de Direito Constitucional da Faculdade Processus de Brasília. Ocupa também o cargo de Advogado da União – Advocacia-Geral da União – e-mail: alvaro.osorio@institutoprocessus.com.br.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade Processus. Graduada em Ciências da Computação pela Universidade Católica de Brasília – UCB e pós-graduada em Redes de Computadores pela UCB. Atualmente ocupa o cargo de servidora pública no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF – e-mail: fabianasilvamilhomem@gmail.com.

ciência o tema abordado supre a carência por ferramentas que proporcionem maior participação política dos cidadãos nas decisões políticas constitucionais; é perceptível o ganho da sociedade, já que há envolvimento dos cidadãos na concretização de um texto constitucional. Trata-se de uma pesquisa qualitativa com duração de três meses.

Palavras-chave: *Crowdsourcing* Constitucional. Poder Constituinte. Redes Sociais. Hermenêutica Constitucional. Texto Constitucional.

Abstract

The subject of this article is Constitutional Crowdsourcing. This article aims to answer the following problem: "How can social networks influence the constitutional hermeneutic interpretation?" The following hypotheses were considered: to assess the trend of social networks as vehicles for convincing about constitutional issues and to evaluate the possibility of crowdsourcing in the elaboration of constitutional norms. Its general objective is to demonstrate the persuasion of the use of social networks on constitutional hermeneutics and constituent power. For legal operators, it is possible to associate digital technologies with Constitutional Law; for science, the topic addressed supplies the need for tools that provide greater political participation of citizens in constitutional political decisions; society's gain is noticeable, since there is involvement of citizens in the realization of a constitutional text. It is a qualitative research lasting three months.

Keywords: *Constitucional Crowdsourcing. Constituent Power. Social Networks. Constitucional Hermeneutics. Constitucional Text.*

Introdução

Nesta pesquisa é apresentado o recurso *crowdsourcing* constitucional, que estuda as perspectivas no tocante a influência da cooperação humana nas redes sociais sobre a criação da ordem constitucional, no que se refere à interpretação das normas constitucionais vigentes e à elaboração de textos normativos.

As novas tecnologias em rede são consideradas ferramentas que podem ser aplicadas tanto para o benefício da manipulação política quanto para o auxílio à vigilância do poder constituinte por parte dos cidadãos, além de serem instrumentos de difusão de ideias e, principalmente, de conexão de pessoas no compartilhamento de interesses comuns. (CONTIPELLI, 2013, p.26)

Este artigo pretende responder ao seguinte problema: “Como a internet e as redes sociais podem influenciar na interpretação hermenêutica constitucional?”. Atribui-se a cada cidadão a oportunidade de participar, de modo direto, do procedimento de formação de um novo texto constitucional, colaborando com a criação e a designação de sua redação por meio das redes sociais. É um recurso inclusivo de produção de uma nova Constituição.

O meio eletrônico das redes sociais pode propiciar a veiculação de inspirações e valores impulsionadores e de reforma de normas constitucionais, traduzindo novas formas de colaboração ou de manifestação do exercício do poder constituinte originário ou do exercício do poder constituinte derivado reformador. (AJOUZ, 2017, p.628).

Passa-se à duas proposituras de hipóteses: aferir a capacidade das redes sociais como veículos de persuasão sobre questões constitucionais e avaliar a

possibilidade do *crowdsourcing* na elaboração de normas constitucionais, envolvendo a interpretação da Constituição.

Essa interpretação e a produção das normas constitucionais são frutos do processo de conhecimento de várias mentes. Quanto maiores a colaboração, a discussão e o amadurecimento do processo de deliberação, maiores serão os benefícios qualitativos nas tomadas de decisões. (AJOUZ, 2017, p.623).

O objetivo geral dessa pesquisa é apresentar a importância da utilização das redes sociais sobre a hermenêutica constitucional e o poder constituinte, propiciando a participação direta dos cidadãos, por meio da internet e das redes sociais, na elaboração das normas constitucionais para o exercício do poder constituinte.

A nova concepção jurídica chamada *crowdsourcing* constitucional significa a criação e a formação de uma nova Constituição, aproveitando-se da rede virtual para propiciar a cooperação em diversos níveis, objetivando uma maior aproximação das expectativas e dos interesses dos cidadãos, detentores do poder constituinte originário, com as decisões políticas tomadas pelos poderes constituídos. (CONTEPELLI, 2013, p.3).

Os objetivos específicos deste trabalho são a abordagem teórica sobre a influência das tecnologias em rede na sociedade e na democracia e as definições de *crowdsourcing* e de *crowdsourcing* constitucional, bem como alguns estudos de casos de aplicação do *crowdsourcing* constitucional, como é o caso da experiência da Islândia na construção colaborativa em seu período político de crise econômica em 2008 até os dias atuais, com foco nas particularidades do país, nas suas motivações, nos resultados da revolução e nas suas lições, vinculando a prática com a teoria abordada neste trabalho.

Essa experiência de construção colaborativa da Constituição Islandesa é especial e merece atenção acadêmica visto que dá início a um momento único no constitucionalismo em consequência da maneira como se estabeleceu seu poder constituinte. Assim, verifica-se o processo constituinte islandês, originando uma perspectiva da persuasão entre as tendências desse novo momento de constitucionalismo e a evolução das tecnologias em rede. A Constituição contempla um projeto adaptável às circunstâncias tecnológicas, institucionais, sociais, econômicas e culturais e o envolvimento dos cidadãos nas redes sociais pode prover um notável proveito ao constitucionalismo democrático. (AJOUZ, 2017, p.628).

Essa pesquisa é de suma importância para os operadores de direito, pois é possível associar as tecnologias digitais com o Direito Constitucional, apresentando a utilização do recurso *crowdsourcing* constitucional no processo de elaboração de uma nova Constituição, por meio da internet e das redes sociais.

Para a ciência o tema abordado supre as dificuldades e a carência por ferramentas que permitam maior participação política dos indivíduos nas deliberações políticas constitucionais, pois por meio da internet e das redes sociais os cidadãos poderiam se expressar a respeito da dinâmica da mutação constitucional, demonstrando o que os cidadãos verdadeiramente esperam do Poder Público e permitindo a aproximação do povo ao sentimento de justiça que se desenvolve no plano da realidade fática.

O ganho da sociedade com a ferramenta de *crowdsourcing* constitucional é evidente, já que há envolvimento dos cidadãos na elaboração de um texto constitucional que se legitima democraticamente por meio da manifestação de ideias e opiniões que retratam os reais interesses da coletividade, com a devolução da soberania ao povo que age por intermédio da inovação tecnológica, reduzindo sua

margem de afastamento das decisões de poder no plano constitucional com o processo da inserção digital.

Optou-se, neste trabalho, pela revisão teórica. Foi utilizado o método de abordagem indutivo e de procedimento monográfico, bem como a técnica de pesquisa de análise bibliográfica e documental.

Os artigos científicos foram pesquisados no Google Acadêmico e Scielo. Os livros bibliográficos foram consultados na biblioteca on-line da Faculdade Processus. Foram selecionados cinco artigos científicos, extraídos da busca realizada no Google Acadêmico e no Scielo a partir da palavra-chave “*crowdsourcing* constitucional”.

Como critérios de busca dos artigos científicos, foram escolhidos os artigos com até três autores(as) em que pelo menos um(a) dos(as) autores(as) é mestre(a) ou doutor(a), além da exigência de se tratar de artigo publicado em revista acadêmica com ISSN. Esta pesquisa de revisão de literatura tem o tempo previsto de três meses.

A pesquisa é qualitativa teórica, por tratar-se de artigo de revisão de literatura que investiga os limites de possibilidades da participação democrática por meio de novas tecnologias nas redes sociais, considerando a situação atual ocupada pelos cidadãos sob uma retórica de legitimidade do poder. Esta análise foi realizada sob os aspectos das teorias da legitimidade do poder constituinte e foram investigadas a legitimidade da representação democrática, sem ignorar os desenvolvimentos econômicos e políticos globais. Simultaneamente, foram investigadas a influência da evolução tecnológica nas estruturas sociais e as prováveis consequências das tecnologias para a participação democrática em um futuro próximo.

Esta pesquisa qualitativa pretende demonstrar que o poder constituinte é um processo aberto que pode ser invocado a qualquer momento pelo titular legal, que é a pessoa que tem o dever de tornar-se um agente político na defesa de seus interesses contra a ambição de seus representantes. Assim, pode-se afirmar que as tecnologias têm o potencial para alterar o processo constituinte, permitindo a aproximação dos cidadãos e a Constituição, fomentando a existência de uma sociedade aberta de intérpretes e de Estados cooperativos. (COSTA, 2017, p.72).

Desenvolvimento (Crowdsourcing Constitucional)

O maior propulsor da inovação foi o crescimento da conectividade e da capacidade de se buscar outras pessoas para a troca de ideias, a fim de combiná-las com as próprias percepções, com a intenção de se gerar algo novo.

Com o surgimento da internet, todos os locais do mundo tornaram-se potenciais “*nós*” de redes localizados no espaço virtual. A internet pode ser utilizada para reunir e distribuir informações e ideias, a baixo custo e em alta velocidade, por todo o mundo. Tal mudança interferiu na maneira como as organizações conduzem suas atividades, como as empresas negociam, no modo de ampliação de valor do capital social e de que forma as pessoas se relacionam nas redes sociais. Trata-se da evolução da internet em um ambiente interativo, que é construído a partir da colaboração, da inteligência coletiva e do intercâmbio social. (COSTA, 2017, p.13).

Na sociedade do conhecimento, em que a concorrência entre as organizações e as pessoas aumenta exponencialmente e a informação é o recurso principal, a colaboração representa diferencial competitivo para os atores da sociedade.

As redes sociais proporcionam às pessoas a ocupação de um espaço público antes exclusivo aos agentes públicos legitimamente constituídos. Para além de interesses pessoais e ideologias, os cidadãos se veem diante da ideia de expressão

de suas esperanças e dores, suas aspirações e insurgências, sob o alívio e livres do pavor que a coibição física poderia lhes causar. (AJOUZ, 2017, p.620).

Desse modo, a utilização das redes sociais via internet permite, além de ultrapassar as barreiras físicas do espaço de armazenamento, transformações relativas aos meios de compreensão e disseminação da informação.

O termo *crowdsourcing* (*crowd* = multidão; *sourcing* = terceirização) foi definido como o ato de oferecer um trabalho (geralmente executado por uma pessoa, um empregado ou uma empresa contratada) em uma chamada aberta para participação de um grupo de pessoas.

O *crowdsourcing* se refere a uma gama de atividades colaborativas que se fortalecem com a internet e as redes sociais, nas quais a população interage com um iniciador para fornecer bens ou serviços (SILVA, 2018, p.210).

Trata-se de um instrumento de inteligência coletiva que conecta o talento, a informação e o conhecimento de alguns com os que dele necessitam.

Em termos gerais, o *crowdsourcing* pode ser conceituado como “colaboração em massa” e se operacionaliza com a propositura a um grupo de voluntariados com diferentes capacidades na concretização de um determinado empreendimento, que terá como resultado vantagens recíprocas para todos os colaboradores, que abrangem desde conteúdo econômico até uma simples satisfação pessoal. (CONTIPELLI, 2013, p.15).

O *crowdsourcing* é um tipo de movimento de participação on-line, via internet, em que uma pessoa, uma organização sem fins lucrativos, uma instituição pública ou privada, ou uma empresa sugere a realização facultativa de uma tarefa a um grupo de pessoas de conhecimento, através de uma chamada aberta flexível.

Amplamente difundido na internet, o tema permite consultas públicas e formas de participação empoderadas baseadas na colaboração de vários participantes para solucionar questões governamentais complexas.

São ilimitadas as possibilidades de utilização do *crowdsourcing*, dentre as quais pode-se destacar a sua aplicação no campo de interesses públicos, como ferramenta virtual de manifestação e declaração dos cidadãos, que se valem da ideia de participação política e colaboração em massa, possibilitando a formação de ações do Estado dirigidas ao cumprimento de suas reais necessidades, bem como de uma maior administração da gestão pública. (CONTIPELLI, 2013, p.17).

O *crowdsourcing* é um modelo virtual ajustado às necessidades da sociedade pós-moderna, que incentiva, por meio do processo de colaboração, a formação de vínculos de interdependência mútua entre os colaboradores de um determinado empreendimento em uma coletividade virtual, os quais praticam atos diferentes e especializados como meio de contribuição para a obtenção de um produto final. (CONTIPELLI, 2013, p.16).

A internet e as redes sociais influenciam na práxis hermenêutica constitucional. Vários artigos e livros sobre o tema têm demonstrado como que a revolução digital pode afetar as relações sociais e a experiência democrática, propiciando maior participação no ciclo de políticas públicas. (AJOUZ, 2017, p.619).

As redes sociais via internet são um novo canal de convencimento para o exercício do poder popular. Sem elas o espaço público era reservado apenas aos agentes públicos legitimamente constituídos. Assim, as redes sociais e a internet possibilitam o exercício da comunicação aos indivíduos que tinham medo da repressão física, bem como garantiram irrestrita liberdade de expressão aos cidadãos, facilitando o anonimato.

Todo cidadão faz parte de uma sociedade aberta que interpreta a Constituição, colaborando, praticando ou reivindicando determinada orientação que atribui sentido ao diploma constitucional. (AJOUZ, 2017, p.619).

Assim, concede-se a cada cidadão a oportunidade de participar, de maneira direta, do procedimento de criação de um novo texto constitucional, cooperando com os debates e a designação desse texto constitucional por meio das redes sociais. (AJOUZ, 2017, p.623).

As redes sociais e as tecnologias digitais rapidamente se tornaram indispensáveis no envolvimento dos jovens nos processos democráticos e rompem as tendências de apatia política (SILVA, 2018, p.232).

Estas tecnologias, inclusive abrem possibilidades para permitir que qualquer pessoa tenha o poder de iniciar mudanças político-jurídicas na defesa de interesses comuns.

Para os nativos digitais, o acesso às tecnologias digitais e às redes sociais e a facilidade de interpretação e uso dos meios digitais compõem rol de hábitos participativos de acentuada relevância e frequência. (AJOUZ, 2017, p.620).

Estas redes sociais apresentam efeito multiplicador. Cada comentário, crítica, emissão de opinião provoca uma produção coletiva de informações. A expressão democrática pelas redes sociais é promissora, principalmente em relação ao amadurecimento político de cada ator social e terá reflexos no plano constitucional, ou seja, ocorrerá a mutação do poder constituinte pelas redes sociais. (AJOUZ, 2017, p.622).

Não podem ser desconsideradas, no processo de mutação constitucional, as novas tecnologias que proporcionam e facilitam a representação ativa e direta da sociedade na esfera de poder, a exemplo do *crowdsourcing*. (CONTIPELLI, 2013, p.20).

Os instrumentos de colaboração digital democrática colocam os cidadãos e os políticos em posição de igualdade nas decisões (deliberações), nas quais o que conta é o que cada cidadão expressa, e não quem eles são. (SILVA, 2018, p.233).

A Constituição é interpretada como documento que define a estrutura de um Estado em que estão abrangidas as disposições legais que traçam os caminhos das decisões políticas deliberadas em nível constitucional. Essas decisões políticas se correlacionam com a dinâmica de mutação constitucional, principalmente, por meio da elaboração de normas que permitem a alteração do texto constitucional (emendas constitucionais) e das decisões deliberadas pelo Estado que devem exercer a função de interpretação apropriada das normas constitucionais, sendo, por conseguinte, esses os tópicos que merecem a atenção da representação política aberta pelo *crowdsourcing*. (CONTIPELLI, 2013, p.20).

Dessa forma, é possível a conexão entre o exercício do poder constituinte e a participação democrática pelas redes sociais, pois a titularidade do poder constituinte é atribuída ao povo e esse é um dos motivos que reconhecem legitimidade à soberania do Estado sob a égide constitucional. (AJOUZ, 2017, p.622).

No constitucionalismo democrático há a abertura para a participação popular pelas redes sociais nos temas que dizem respeito à ordem político-jurídica nacional. Portanto, o *crowdsourcing* constitucional configura-se com a participação popular por meio das redes sociais em um processo constituinte de *terceirização para a multidão* (LENZA, 2016, p.92), o que significa que o *crowdsourcing* constitucional é uma ferramenta de participação ativa e colaboração virtual dos cidadãos, que pretendem estabelecer novos parâmetros para a representação política da sociedade (CONTIPELLI, 2013, p.2).

Trata-se de uma ferramenta colaborativa muito utilizada na elaboração de normas constitucionais, por meio do uso das redes sociais como veículos de persuasão sobre questões constitucionais que abrangem a interpretação da Carta Magna. A ideia é a capacidade de colaboração direta dos cidadãos na criação de normas constitucionais, seja no exercício do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado reformador, por meio dos debates e da definição do texto constitucional pelas redes sociais como ferramenta de expressão de convicções acerca da dinâmica da mutação constitucional. (AJOUZ, 2017, p.623).

O *crowdsourcing* constitucional permite a aproximação das decisões políticas tomadas pelos poderes constituídos no plano constitucional em concordância com a sensação pública de justiça.

Trata-se de uma ousada forma de ampliação do exercício da representação política direta com o apoio da tecnologia virtual que reconfigura padrões consagrados e obsoletos perante a nova realidade social, respondendo às ideias sugeridas pelo povo para a efetivação da legitimidade democrática da experiência jurídica, tendo em vista sua capacidade de mobilização popular, que propicia o acesso dos agentes sociais na concretização de trabalhos comuns para operar na formação das decisões políticas relativas aos seus interesses, apoiando de forma direta na elaboração do conteúdo das normas constitucionais, que informam os rumos principais a serem observados pelas ações governamentais na produção do ideal de bem comum. (CONTIPELLI, 2013, p.21).

No Brasil, existem diversos sites especializados que propiciam a colaboração ativa e a fiscalização da vida pública, que incentivam e permitem à sociedade expressar suas opiniões, encaminhar reclamações ao Poder Público, participando diretamente das ações do governo. (CONTIPELLI, 2013, p.17).

O *crowdsourcing* constitucional aperfeiçoa a legitimidade democrática nos processos de reforma e de construção da constituição, ao promover mecanismos de inclusão da participação popular, tanto de pessoas, como de grupos, nas decisões e nas deliberações relacionadas com o conteúdo da constituição (SILVA, 2018, p.230).

Por intermédio desta rede virtual de colaboração solidária, há o acesso às verdadeiras necessidades coletivas e a manifestação de opiniões, auxiliando a Administração Pública na gestão dos interesses dos cidadãos, para exercer sua responsabilidade com legitimação democrática, ampliando a eficácia social das decisões políticas e os graus de confiança institucional. (CONTIPELLI, 2013, p.20).

As facilidades do *crowdsourcing* decorrem da evidente cooperação dos interessados nas ações do Estado, gerando confiança nas instituições, além de uma rede de colaboração solidária que promove satisfação de cunho pessoal, estimulando nos cidadãos a sensação de cuidado pela *res publica*, ao ter a oportunidade de colaborar para o bem comum no mais elevado nível de poder. (CONTIPELLI, 2013, p.21).

O *crowdsourcing* constitucional produz virtualmente os objetivos do valor de solidariedade ao se estreitar os elos de interdependência mútua entre os cidadãos que cooperam com seu conhecimento, compartilhando opiniões e ideias sobre a mutação constitucional e demonstrando suas opiniões sobre as necessidades do povo que necessitam de atuação do Poder Público. (CONTIPELLI, 2013, p.21).

A Islândia é um país precursor na prática do *crowdsourcing* constitucional, ao utilizar-se desse meio tecnológico, após sua relevante crise financeira em 2008, resultante do déficit democrático e da esperança nas entidades de poder, surgiram movimentos populares para uma imediata revisão constitucional, que demonstravam

a total insatisfação da população com os governantes que levaram o país ao declínio econômico. (LENZA, 2016, p.91).

Em 2009, cerca de 1.200 participantes realizou a conferência na capital do país, confirmando a recusa popular dos governantes, assim como a real exigência de uma nova Constituição islandesa. (LENZA, 2016, p.91).

Em 2011, os membros do Conselho Constitucional islandês divulgaram 12 projetos de constituição no *facebook* e em um *site web*. Foram enviadas mais de 16.000 propostas de projetos de constituição por meio do correio eletrônico e das redes sociais. Os debates foram transmitidos ao vivo, com a possibilidade de participação dos indivíduos por meio da internet e das redes sociais, com o uso de ferramentas como o *Facebook* e o *Youtube*.

Antes da deliberação parlamentar, existia a previsão de explorar o texto por referendo popular, sem caráter vinculativo, que foi realizado em 20 de outubro de 2012 e contava com a colaboração de 49% dos eleitores e, desses, 73% reconheceram o *projeto* como a nova Constituição Islandesa (LENZA, 2016, p.91). Neste referendo haviam questionamentos para manifestação de anuência sobre as principais instruções normativas do projeto, sendo que cerca de 67% dos eleitores que apareceu para votar aprovou a versão final sistematizada por meio do recurso tecnológico do *crowdsourcing constitucional*. (CONTIPELLI, 2013, p.23).

Apesar da participação popular nas redes sociais, houve uma forte campanha do Partido da Independência, que governava o país no momento da crise de 2008 e que foi substituído pelo Partido Social Democrata nas eleições requeridas, incitando a população a não participar do referendo. O fraco comparecimento deu força à oposição, em um momento que as pesquisas indicavam um maior apoio ao partido nas próximas eleições.

Na sua versão final, a Constituição da Islândia demonstrou as preferências contidas nas ideias e propostas enviadas pelos cidadãos quanto à forma e ao conteúdo do texto constitucional. Não obstante essa versão final ter sido sujeita a um referendo não vinculante, o conselho constitucional jamais adotou o projeto que resultou do referido processo (SILVA, 2018, p.199). Nessa experiência na Islândia os políticos conservaram a opção de redigir o texto constitucional, apesar da participação popular.

Após a frustração na experiência de aprovação da nova Constituição da Islândia, as novas eleições da Islândia demonstraram claramente a insatisfação da população com o governo, apesar da saída da crise e das promessas de continuidade do processo de apreciação do projeto constituinte.

Esse experimento islandês demonstra um novo modelo de participação popular e de democracia por meio da internet e das redes sociais e que, com certeza, passa a servir de modelo para o futuro. (LENZA, 2016, p.92).

Essa é uma ocorrência de colaboração coletiva constitucional (*crowdsourcing constitucional*), conhecida como exercício da democracia aberta e transparente. Essa democracia aberta para o processo de construção constitucional ocorre se as regras, princípios e instituições constitucionais estiverem abertos à debates e passíveis de serem formulados ou substituídos. (SILVA, 2018, p.230).

O processo escolhido para a criação de uma nova constituição foi absolutamente inovador e distinto das experiências anteriores analisadas no mundo, visto que se optou por uma redação colaborativa constitucional, fruto da participação popular do povo islandês.

Constata-se um processo de assembleia constituinte formado de forma diferente da usual, uma vez que não foi um grupo dominante na sociedade, com

notórios conhecimentos técnicos ou ligações políticas que deu origem ao texto constitucional, mas um grupo de cidadãos escolhidos aleatoriamente, sem filiação partidária, em um primeiro momento.

Entre os ensinamentos que podem ser retirados da experiência do *crowdsourcing* constitucional da Islândia sobressaem-se, de forma positiva, a probabilidade de implementação material desse recurso tecnológico, com a aceitação e mobilização popular para pertencer a um projeto de formação de uma Constituição; e, de forma negativa, os impedimentos que são impostos pelos poderes políticos conservadores que, com o nítido propósito de se beneficiar de estruturas políticas nocivas, impedem qualquer processo que tenha como objetivo expressar a verdadeira vontade dos cidadãos. (CONTIPELLI, 2013, p.23).

Outro caso de colaboração coletiva constitucional foi adotado pelo Egito ao criar um *website* em que os cidadãos poderiam reformular o projeto do texto constitucional, encaminhar votos e sugestões em distintas propostas. O projeto final contemplou as propostas com maior aprovação pública. (SILVA, 2018, p.199).

O recurso do *crowdsourcing* constitucional já se expandiu para outras nações africanas, tais como Quênia, Líbia, Tunísia, Gana e Somália, onde a dificuldade de acesso à internet possibilitou a adoção prioritária de mensagens SMS e equipamentos de telefonia.

No Marrocos, em meio à demandas da Primavera Árabe em 2011, foi estabelecida pelo rei Mohammed VI a criação de uma comissão para a construção do novo texto constitucional, a ser submetido a referendo popular. Para estimular a participação popular ao longo da elaboração da nova Carta, foi publicado o site *www.reforme.ma*, para que os marroquinos conseguissem acompanhar, em tempo real, o progresso do trabalho, com a capacidade de apresentar manifestações sugestivas e críticas por meio das páginas do *Twitter* e do *Facebook*. (AJOUZ, 2017, p.624).

Entre os anos de 2012 a 2014 foi criada a Convenção Constitucional Irlandesa por intermédio da escolha aleatória de um grupo de pessoas responsáveis por elaborar várias propostas de reforma constitucional. A convenção Irlandesa recebeu milhares de comentários e sugestões por meio de sua página da *web*, *Youtube*, *Twitter* e no *Facebook* (SILVA, 2018, p.200). Na pauta deliberativa, temas polêmicos como o sistema eleitoral, a forma de governo e importantes questões de gênero e uniões homoafetivas.

Esses países são exemplos de nações precursoras na utilização da plataforma on-line, de modo a impulsionar a participação dos cidadãos nos processos de construção e reforma constitucional, conhecida como *crowdsourcing* constitucional.

No caso do Brasil, a assembleia constituinte brasileira acatou 122 emendas populares que incluíram a participação de, aproximadamente, 1.000.000 de cidadãos brasileiros e cerca de 60.000 propostas para a construção da Constituição Federal. Essa participação era reservada apenas às autoridades políticas. (SILVA, 2018, p.204).

Além da mobilização pelas redes sociais de uso comum, outras ferramentas de manifestação popular vêm sendo desenvolvidas e aplicadas em território nacional, como as consultas abertas em plataformas e a subscrição de petições públicas por meio eletrônico, que são indicativos de novos instrumentos participativos.

Mais do que ferramenta de contato com os eleitores, as redes sociais já se mostram uma fonte fundamental de interação entre os cidadãos e os que exercem mandato parlamentar. Portanto, as redes sociais são veículos propulsores da criação e da reforma de normas constitucionais e fornecem novas formas de manifestação de

colaboração para o exercício do poder constituinte. Além disso, as redes sociais permitem a liberdade de expressão do pensamento e a difusão de ideias e críticas aplicadas ao texto constitucional.

Verifica-se, ademais, que a cooperação cívica pelas redes sociais e pela internet não se resume à discussão preliminar à comemoração do poder constituinte originário. Também no ramo das reformas constitucionais, se presta a participação à legitimação do poder constituinte derivado reformador. (AJOUZ, 2017, p. 625).

Se as normas constitucionais, principalmente as que se referem aos direitos fundamentais, se sujeitam a uma importante variedade hermenêutica, as redes sociais se juntam aos veículos de discussão e interação para o aumento dos diálogos sociais imprescindíveis à apreciação do sentimento popular dominante. (AJOUZ, 2017, p.626).

Os diálogos sociais originados em cenário virtual proporcionam um contato imediato entre a opinião pública e as instituições decisórias, possibilitando a possível convergência entre os segmentos majoritários e as deliberações oficiais ou permitindo o amadurecimento do debate público em volta de questões controvertidas.

Uma sociedade consciente e engajada, mesmo que por meio das redes sociais virtuais, legitima e reforça a titularidade do poder constituinte, que compreende a prerrogativa de interpretar os dispositivos constitucionais, sob determinado grau de variação e evolução. (AJOUZ, 2017, p.627).

Logo, o *crowdsourcing constitucional* reconhecerá que os cidadãos cooperem concomitantemente e de maneira significativa e transparente na elaboração do conteúdo de sua própria constituição. (SILVA, 2018, p.245).

A Constituição como documento “vivo”, considera um projeto multigeracional apropriado às circunstâncias tecnológicas, institucionais, econômicas, culturais e sociais. O envolvimento da sociedade nas redes sociais pode fornecer um eminente proveito ao constitucionalismo democrático. (AJOUZ, 2017, p.628).

Considerações Finais

Essa pesquisa demonstrou como que a redação colaborativa constitucional (*crowdsourcing constitucional*) pode aperfeiçoar a legitimidade nos processos de construção e reforma da Constituição.

A hipótese que se alvitrou está relacionada à possibilidade de colaboração direta de um povo, por meio das redes sociais, para a elaboração de normas constitucionais, seja para o exercício do poder constituinte originário, seja para a manobra do poder constituinte derivado reformador.

Assim sendo, indubitavelmente abrir o processo constituinte à participação colaborativa do povo é um cenário não apenas positivo, como primordial para a sobrevivência da Constituição. Se o texto da Constituição deve ser o autorretrato da sociedade, não há como inibi-la de participar do processo, já que isso somente trará legitimidade ao processo e aproximará o povo de seu ideal, posto que o povo é o Poder Constituinte Originário.

Para tanto, o *crowdsourcing* constitucional necessita de um sistema de autenticação que assegure às autoridades que os cidadãos que participam do processo de colaboração constitucional sejam realmente quem afirmam ser. Assim, devem haver garantias de confidencialidade, segurança, resiliência e recuperação do recurso de *crowdsourcing* constitucional por meio da internet e das redes sociais, para o caso de ataques. Se essas ações forem adotadas, o *crowdsourcing* constitucional

permitirá que os cidadãos participem conjuntamente de maneira significativa e transparente para a criação do conteúdo de sua própria constituição.

Destarte que as redes sociais via internet são um meio importante de alteração do processo constituinte de normas fundamentais de Estados e nações, propiciando o sentir constitucional, aproximando cidadão e Constituição e oferecendo condições à existência de Estados mais cooperativos e de uma sociedade aberta de intérpretes.

Referências

AJOUZ, Igor. Redes Sociais e Crowdsourcing Constitucional: a influência da ciberdemocracia sobre a gênese e a interpretação de normas constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Ano 2017, Vol.7, n.3.

CONTEPELLI, Ernani. Crowdsourcing Constitution: solidariedade e legitimação democrática na pós modernidade. **Revista Eletrônica Direito & Política**. Programa de Pós-Graduação *Scrito Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Ano 2013, Vol.8, n.3.

COSTA, Henrique Araújo; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Tecnologia Jurídica e Direito Digital**. 2017.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

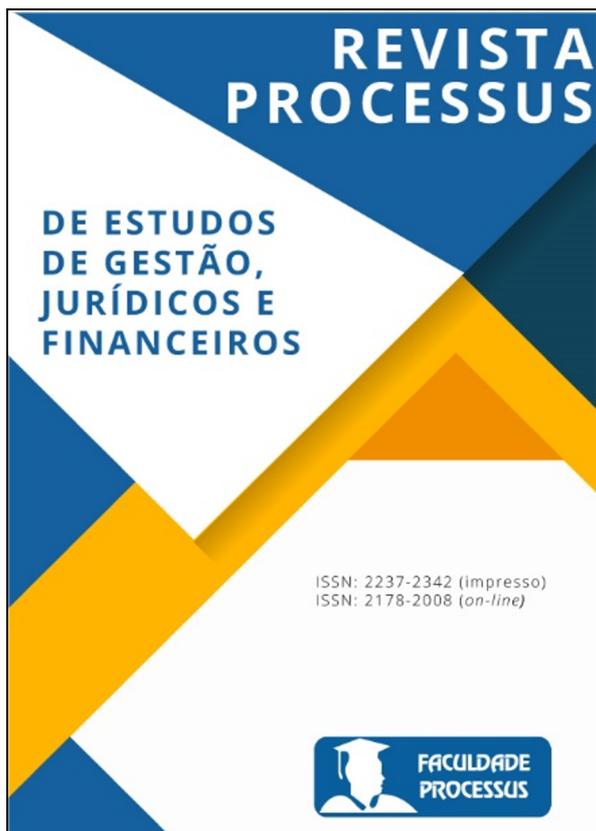
GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 2016.

PINTO E SILVA, Cristiana Maria Fortini. Pode a colaboração constitucional fortalecer a legitimidade dos processos de construção constitucional? **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. 2018, Vol.116, n.1.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

**VIABILIDADE JURÍDICA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE ESPECIAL
PARA AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA EM ESTADO DE LEGÍTIMA
DEFESA**

**LEGAL FEASIBILITY OF SPECIAL PERMISSION FOR PUBLIC SECURITY
AGENTS TO ACT UNLAWFULLY IN CASE OF SELF-DEFENSE**

*Me. Iolete Maria Fialho de Oliveira¹
Leonardo Otaviano dos Santos Costa³*

Resumo

Este artigo aborda a viabilidade jurídica da excludente de ilicitude consistente em autorização destinada a agentes de segurança pública para matar criminosos que portam arma de fogo de uso restrito das forças armadas. Investiga-se o seguinte problema: o abate de criminosos portadores de armas de uso restrito das forças armadas é viável juridicamente, do ponto de vista da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional vigente no Brasil? Cogitam-se as seguintes hipóteses, a primeira: “o abate é inviável, do ponto de vista jurídico, por violar direitos e garantias individuais do acusado, como a presunção de inocência”; a segunda: “há viabilidade, a partir de um entendimento flexível da legislação vigente, de modo a conferir mais

¹Juíza Federal em exercício na JFDF. Mestra em Direito Internacional pela Universidade de Barcelona – UB.

³Graduando em Direito pela Faculdade Processus de Brasília.

segurança e proteção ao agente policial sem, ao mesmo tempo, violar preceitos de ordem constitucional”. O objetivo geral é definir a viabilidade jurídica do abate de criminosos portadores de armas de uso restrito das forças armadas à luz dos direitos e garantias fundamentais, previstos no texto da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional vigente. Os objetivos específicos são: apresentar a proposta de abate de criminosos portadores de armas de uso restrito das forças armadas; abordar os direitos e garantias individuais atinentes à matéria; verificar se o abate de criminosos portadores de armas de uso restrito das formas armadas é viável de acordo com a melhor leitura da conjuntura jurídica nacional. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido à força dos discursos políticos, que instigam a reflexão a respeito da configuração de uma sociedade desejável; para a ciência, é relevante por permitir a compreensão a respeito do alcance das normas jurídicas e os limites da atuação do Estado; os benefícios à sociedade se referem ao fato de a temática trazer balizas para proteção ao cidadão. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: abate de criminosos. Presunção de inocência. Legítima defesa. Excludente de ilicitude. Segurança Pública.

Abstract

The theme of this article is the legal feasibility of immediately executing criminals carrying firearms of restricted use of the armed forces. The following issue was investigated: is said execution legally feasible from the perspective of the Federal Constitution of 1988 and the of the subconstitutional legislation in force in Brazil? The following hypotheses were considered: the first is that said execution is unfeasible from a legal point of view, for violating the accused's individual rights and guarantees, such as the presumption of innocence; the second considers the feasibility from a flexible understanding of the current legislation, in order to ensure more safety to the police officer without, at the same time, violating constitutional precepts. The general objective is to define the legal feasibility of that execution, in the light of fundamental rights and guarantees, provided in the text of the Federal Constitution and the current subconstitutional legislation. The specific objectives are: to present the proposal to execute criminals carrying weapons of restricted use to the armed forces; to address individual rights and guarantees relating to the matter; verify whether the execution of criminals carrying weapons of restricted use to the armed forms is feasible, according to the best reading of the national legal situation. This work is important from an individual perspective due to the strength of political discourses, which instigate reflection on the configuration of a desirable society; for science, it is relevant because it allows understanding about the scope of legal norms and the limits of the state's operation; it adds to society by offering beacons for citizen protection. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: immediate execution of criminals. Presumption of innocence. Self-defense. Special legal permission. Public security.

Introdução

O presente artigo tem como tema a possibilidade jurídica de abate de criminosos portadores de armas de uso restrito, defendida com base na legítima defesa presumida do policial que, em operação, depara-se com suspeitos fazendo uso de armamento letal não autorizado pela legislação. O abate de suspeitos portadores de armas de uso restrito está em pauta no cenário nacional. Após o assunto ser levantado e defendido por governantes, grande discussão foi iniciada para compreender a viabilidade da proposta e suas implicações jurídicas. Por conseguinte, aborda-se o assunto com base nas garantias dos direitos individuais e coletivos conformados na Constituição em vigor e na legislação infraconstitucional vigente, que orientam o agir das autoridades públicas.

Este artigo constitui uma resposta ao seguinte problema: o abate de criminosos portadores de armas de uso restrito das forças armadas é viável juridicamente, do ponto de vista da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional vigente no Brasil? Discute-se a legalidade da execução sumária, por parte dos agentes de segurança pública, de suspeitos que colocam em risco a sociedade ao portarem armas destinadas, exclusivamente, às forças armadas.

Considerando-se a taxa de violência emergente no Brasil, o problema de pesquisa é de fato pertinente. Os índices brasileiros de violência estão no debate nacional e internacional, muito embora nem sempre as origens da violência sejam consideradas. Questiona-se a viabilidade do abate de criminosos, a partir de uma perspectiva jurídica e social (VUCKOVIC, 2019, p. 1).

Primeira hipótese levantada: o abate é inconstitucional, por violar direitos e garantias individuais protegidas consoante a Constituição Federal. O fundamento para a baliza de inconstitucionalidade é que o Estado não pode, valendo-se de uma suposta legítima defesa presumida, autorizar agentes policiais a disparar com intenção de matar em situações que não requeiram objetivamente essa medida. Como hipótese alternativa, o risco suportado pelo agente policial em operações de grande periculosidade estaria albergado na excludente de ilicitude, nos casos em que a presença de armamentos de uso restrito impediria atuação diversa do policial. É importante perceber que a primeira hipótese refere-se à completa inconstitucionalidade da autorização de abate de criminosos portadores de armas de uso restrito. A segunda consiste na flexibilização do entendimento, funcionando ao mesmo tempo como sugestão de aprimoramento da proposta, para conferir mais segurança e proteção ao agente policial, sem implicar violações de direitos e garantias fundamentais. Os argumentos em defesa da flexibilização das garantias constitucionais amparam-se na defesa do território nacional, validando a legislação e interpretação voltadas para a garantia da lei e da ordem. Ressalta-se que, com a edição da Lei nº 9.614, de 1998, por exemplo, meios bélicos passaram a ser juridicamente válidos para a defesa do território nacional, abrindo espaço para novas interpretações (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 115).

O objetivo geral do estudo consiste em analisar a viabilidade jurídica do abate de criminosos portadores de armas de uso restrito das forças armadas, à luz dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional vigente.

O direito penal constitucional, consubstanciado nos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal, tutela bens jurídicos importantes, como a vida, a liberdade, o devido processo legal, a presunção de inocência, dentre outros, contra as violações mais gravosas. Nesse sentido, é pertinente a investigação da viabilidade jurídica do abate de criminosos (GRECO, 2017, p. 195).

Os objetivos específicos são: apresentar a proposta legislativa consistente na excludente de legítima defesa para agentes de segurança pública; abordar os direitos e garantias individuais atinentes à matéria; e verificar se o abate sumário de suspeitos portadores de armas de uso restrito das Forças Armadas é viável, de acordo com a melhor leitura da conjuntura jurídica nacional.

Tanto o Estado quanto a população demonstram interesse em medidas de combate à violência, contexto que situa o debate objetivado no presente estudo. A tendência normativa no país, no entanto, é de restrição ao uso de armas de fogo. Existem normas que regulam o comércio, a fabricação e o uso de armamento (VASCONCELOS; PERLIN, p. 2).

A pesquisa é justificada em razão dos impactos de uma possível legalização da execução sumária de suspeitos que portem armas de uso restrito. Caso aprovada pelo legislativo, a autorização teria o condão de mitigar garantias individuais, concedendo carta branca para que autoridades policiais executem um suspeito durante o exercício profissional.

O estudo do tema proposto contribui para a fixação dos limites interpretativos dos textos jurídicos, especialmente a respeito do conceito de legítima defesa.

A sociedade tende a ser diretamente beneficiada pela pesquisa, pois a definição de parâmetros, para as políticas públicas e propostas legislativas, contribui para a segurança jurídica. Além disso, a excludente inovadora constitui “porta aberta” para o cometimento de abusos, erros e retrocesso jurídico, cediço que, da forma em que se apresenta, malferre princípios basilares da Constituição Cidadã.

A pesquisa tem como base fontes secundárias referentes ao tema em apreço, como livros, enciclopédias, dicionários jurídicos, monografias, disposições normativas, jornais e revistas especializadas em Direito, artigos científicos e jurisprudências atualizadas dos tribunais de justiça estaduais e dos tribunais superiores. Todo o processo de elaboração do artigo teve duração de seis meses, dos quais dois meses foram reservados para a coleta de material; dois meses para leitura e seleção dos trechos; dois meses para paráfrases e ajustes finais do texto.

Trata-se de pesquisa qualitativa, dado o seu caráter subjetivo, consubstanciada em estudiosos da área. O papel da ciência é justamente estudar e analisar o mundo empírico, por meio de um conjunto de procedimentos, permitindo que o pesquisador possa distinguir o que é essencial e o que é acidental dentro de determinado contexto (CERVO; BERVIAN; 2002, p. 16).

Viabilidade jurídica da excludente de ilicitude especial para agentes de segurança pública em estado de legítima defesa

Cabe ao direito penal cuidar das violações aos bens jurídicos mais importantes, como aquelas que atentam contra a vida, a liberdade e a propriedade. E, consoante Greco, o legislador deve escolher “as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do direito penal” (GRECO, 2017, p. 195).

Um dos princípios mais importantes para o direito, de forma geral, e do direito penal, de forma específica, é a presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), considerado vetor da sistemática processual penal brasileira. Para Lopes Jr. (2019, p. 115), “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como

inocente) que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”.

Ao mesmo tempo em que prevalece o estado inicial de não culpabilidade, outros institutos influenciam, diretamente, a forma como o Estado atua no cumprimento de suas prerrogativas. Um desses institutos é o da legítima defesa. Greco (2017, p. 749) informa que o Estado “não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa”.

Para evitar distorções interpretativas, o Código Penal (BRASIL, 1940) definiu a legítima defesa, o que impediria interpretações restritivas ou extensivas. O conceito está presente no art. 25 do referido diploma, que trata a legítima defesa como a ação daquele que “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Na prática, a medida confere aos policiais autorização para disparar com intuito de matar, sempre que verifique a presença de cidadão em uso de arma proibida.

O debate acerca da possibilidade jurídica de abater criminosos portadores de arma de fogo de uso restrito das forças armadas remonta à corrida eleitoral de 2018. Os resultados desse pleito trouxeram mudanças substanciais para o país, pois possibilitaram a chegada da extrema-direita ao poder. No entanto, nota-se, nessa eleição, apelo não à figura de uma pessoa apenas, mas sim uma ideologia fascista (GONÇALVES, 2019, p. 1).

Pode-se dizer que a legítima defesa foi tema de destaque nos pleitos eleitorais, presente em parcela significativa das campanhas, em que os candidatos defendiam um conceito mais amplo de legítima defesa, tanto no que diz respeito ao cidadão comum quanto àqueles pertencentes às forças policiais, em suas relações cotidianas e em suas atividades profissionais, respectivamente (GILABERTE e SANNINI, 2018, p. 1).

No centro do debate, estão os chamados atiradores de elite, que seriam, para o governo, responsáveis por realizar o abate. Esses profissionais realizam tiros de alta precisão, que podem ser categorizados em: tiro de comprometimento, responsável pela morte do agressor; tiro seletivo, direcionado ao instrumento da agressão e não ao agressor; e tiro de contenção, com vistas a inabilitar o agressor sem provocar a sua morte (GILABERTE e SANNINI, p. 1).

A questão é determinar se há viabilidade jurídica na proposta de abate de criminosos que estejam munidos de armas de uso restrito das forças armadas. Um dos argumentos frequentemente levantados em defesa da legítima defesa irrestrita é o aumento da criminalidade no país. Nesse sentido, a inovação legislativa é defendida como necessária para a manutenção da segurança de um grupo maior de pessoas, com fundamento na paz social.

O aumento da criminalidade no país é praticamente inquestionável, considerando-se as estatísticas da criminalidade divulgadas, de conhecimento público. Não raras vezes o Brasil é tema de debates no campo interno e externo, em razão dos altos índices de violência. No entanto, é necessário investigar a origem dessa criminalidade e como esta é perpetrada (VUCKOVIC, 2019, p. 1).

Apesar de não possuir, em sua história recente, registros de conflitos armados, revoluções e batalhas de pacificação, o Brasil apresenta elevado número de mortes causadas por armas de fogo. No período entre 1980 e 2014, houve 967.851 vítimas da criminalidade. Os números revelam letalidade nacional superior ao observado em países que enfrentam situações de conflito, como guerras internas duradouras

(VUCKOVIC, 2019, p. 1).

Dados nacionais e internacionais ratificam a violência no país. A taxa de homicídios supera o percentual de 20 por 1000 habitantes. Portanto, o Brasil figura entre os 20 países mais violentos do mundo. O Mapa da Violência de 2016 mostra que, no ano de 2014, houve 44.861 pessoas mortas a tiros (VUCKOVIC, 2019, p. 1).

O aumento da criminalidade é um dado concreto, que não pode ser compreendido de maneira isolada e sem que sejam consideradas as causas, como a total inação do Estado, consubstanciada pela ausência de políticas públicas; as taxas crescentes de desemprego; e a falta de acesso à educação. Nesse quadro ressaí o crescimento da criminalidade, associada, especialmente, à utilização de armas de fogo. A investida de maior poder bélico como estratégia para combater a violência é institucional e sistêmica.

Apesar de parecer recente, o debate a respeito do uso de armas de fogo por militares e civis sempre esteve presente no meio social e na legislação, no Brasil e no mundo. Sempre houve polêmica a respeito desse assunto, em virtude de sua importância (VASCONCELOS e PERLIN, 2015, p. 2).

Apesar do interesse da população por legislações menos rigorosas, a respeito do porte e posse de armas de fogo, a legislação seguiu o sentido contrário. A evolução do corpo normativo elevou o rigor ao controle do uso de armas consideradas letais. Comércio, fabricação e uso de armas de fogo passam na atualidade pelo crivo do controle estatal (VASCONCELOS e PERLIN, 2015, p. 2).

A promulgação da Lei 10.826, conhecida como Estatuto do Desarmamento, colocou fim à discussão da possibilidade de particulares possuírem armamentos. Com o diploma, o Sistema Nacional de Armas (Sinarm), instituído dez anos antes por meio da Lei 9.437/97, foi revogado. Uma das maiores conquistas do Estatuto do Desarmamento consistiu em dificultar o porte e até mesmo a posse de armas de fogo por particulares (VASCONCELOS e PERLIN, 2015, p. 3).

O debate levantado recentemente no país, objeto de estudo da pesquisa apresentada neste artigo, não diz respeito ao uso de armas de fogo por particulares, mas ao abate de suspeitos por atiradores de elite, que fazem parte das forças armadas, em defesa do país e da segurança pública. O clamor pelo porte e posse de armas de fogo por civis também existe, bem como propostas bem-sucedidas nesse sentido. Elencou-se, neste artigo, o debate na esfera do Estado.

A proteção do território nacional está no cerne de todo Estado democrático. Grupos criminosos que coloquem em risco a soberania nacional devem ser combatidos pelas vias legais. Todas as forças que sejam contrárias aos preceitos da Constituição, que garantem a liberdade e outros direitos humanos, devem ser repreendidas (VASCONCELLOS, 2018, p. 33).

A legítima defesa que se acastela com a proposta de abate de criminosos faz referência ao poder do Estado. Seria uma autodefesa nacional e não de indivíduos específicos, como os cidadãos. A questão suscitada é se os militares, que atuam em defesa da segurança pública, podem também atuar na chamada defesa bélica, contra grupos e organizações criminosas que ameaçam a soberania do território nacional (VASCONCELLOS, 2018, p. 34).

Tradicionalmente, a atuação dos militares está condicionada a uma situação de guerra. As ações bélicas não devem ser limitadas a uma prévia declaração de guerra, tendo em vista que uma guerra declarada somente acontece em conflitos

reconhecidos em âmbito internacional. Organizações criminosas que atuam internamente não apresentam esse *status*, estão fora do âmbito do conceito de guerra. Além disso, a declaração de guerra somente se faz necessária quando ainda inexistem atos de hostilidades, os quais justificam a atuação bélica das forças de segurança (VASCONCELLOS, 2018, p. 34).

A defesa do território é um dos principais argumentos levantados pelos defensores do abate de criminosos. No entanto, é importante entender de que forma as forças nacionais podem atuar. Não resta dúvida sobre a importância da atuação do Estado no combate à criminalidade, mas é prudente questionar os modos pelos quais a defesa é realizada.

No contexto da defesa nacional, está situada a proposta em estudo. Ela prevê a autorização do abate de criminosos que estejam portando armas de uso exclusivo das forças armadas, seguindo o preceituado no art. 25 do Código Penal brasileiro (PÁDUA, 2018, p. 3).

De acordo com Pádua,

originalmente, essa proposta foi inserida no capítulo 3 do referido plano de governo, que trata da segurança pública, e, mais especificamente, na seção 3.1.3, que trata da Polícia Militar. No entanto, em entrevistas após ser eleito, o novo governador não só parece ter expandido essa proposta para ambas as forças policiais, mas também especificou que a proposta envolveria o uso de atiradores de elite (snipers). Ou seja, não se trataria apenas de situações de confronto direto, mas qualquer situação em que algum criminoso estivesse armado com aquele tipo de arma de fogo. (PÁDUA, 2018, p. 3).

A proposta noticiada tem fundamento na legítima defesa, como princípio legitimador do abate de criminosos. Porém, a proposta defronta-se, logo de imediato, com questão interpretativa. Resta saber se a ação dos atiradores de elite, ao eliminar alvos que estejam portando armas de uso restrito, antes que realizem outra atividade criminosa concreta, está abarcada no conceito jurídico de legítima defesa (PÁDUA, 2018, p. 3).

O conceito de legítima defesa deve ser utilizado em conformidade com os ditames legais, seguindo a legislação infraconstitucional e especialmente a Constituição Federal. A proposta de abate de criminosos pode parecer, em primeiro momento, tanto compatível como incompatível com a legítima defesa, dependendo do ponto de vista em que é analisada.

Apesar do discurso de segurança pública, pouco se comenta sobre a letalidade da polícia carioca, uma das maiores do mundo, tendo em vista a ação do narcotráfico no Estado. É defendida a formação de policiais a partir de novas práticas, tendo como objetivo reduzir a taxa de homicídios de forma vertiginosa. A compra de equipamentos de segurança e a expansão da rede de vigilância da cidade estão entre as propostas (GONÇALVES, 2019, p. 4).

Em suas declarações, o governo do Rio de Janeiro confirmou o plano de visitar Israel. O interesse no país estaria nos drones equipados com armas letais, que permitem às forças policiais eliminar alvos de forma muito mais rápida. Soma-se a isso a proposta de realização de parcerias público-privada, com vistas à construção de novos presídios, bem como a gestão dos atuais presídios que atendem o Rio de Janeiro. Uma Universidade da Polícia também está entre as medidas anunciadas (GONÇALVES, 2019, p. 4-5).

Logo, percebe-se que há menor interesse na atuação do governo em efetivar políticas públicas que beneficiem a população e contribuam para o decréscimo da

criminalidade, conformada a proposta estatal em apelo de ordem mais emocional do que legal. Tais bandeiras não foram pensadas em prol da população, mas direcionadas contra um grupo populacional considerado como inimigo do Estado e merecedor de toda a repulsa que, em última instância, será alvo dos métodos de abate, inclusive remotos, como é o caso da utilização de drones com armamento letal.

Sobre a legítima defesa, vale a pena destacar que não resguarda, apenas, agressões à vida, por conformar um conceito jurídico muito mais amplo, que visa à proteção de bens jurídicos relevantes, entre os quais se destaca a vida, notadamente. No entanto, outras categorias de bens também são tuteladas, como o patrimônio, a liberdade e a dignidade sexual (GILABERTE e SANNINI, 2018, p. 1).

Para configurar a legítima defesa, são observados alguns elementos. Um deles é a injusta agressão, que representa ameaça não justificada pelo direito. Além disso, a legítima defesa deve ser exercida com base em meios moderados e estritamente necessários para repelir a agressão perpetrada. O contexto, como quer a vontade do legislador, deve ser observado. Assim, a legítima defesa é exercida pelos meios que o sujeito dispõe no momento da agressão. A agressão deve ser atual ou iminente; ações que se distanciem do momento do perigo ou da agressão em concreto não são consideradas como legítima defesa. Por fim, mas não menos importante, a legítima defesa pode ser exercida em defesa própria ou de terceiros (GILABERTE e SANNINI, 2018, p. 2).

A proposta do governo, ora em estudo, deve ser analisada à luz dos elementos constitutivos da legítima defesa. Esses critérios configuram uma importante baliza para a atuação do Estado. Não apenas o Brasil, mas diversos países democráticos utilizam esses elementos para nortear a aplicação da legítima defesa em seus territórios (GILABERTE e SANNINI, 2018, p. 2).

Do ponto de vista dos requisitos e elementos da legítima defesa, a execução de suspeitos não seria justificada, pois não há ameaça iminente ou atual, ainda que, potencialmente, haja violação aos bens jurídicos protegidos, como a vida e a liberdade. No entanto, fala-se, neste artigo, de uma aplicação do conceito de “iminente ou atual”, na medida em que o porte de arma de fogo não significa, necessariamente, uma violação a um bem jurídico.

Percebe-se, na proposta de abate de criminosos que estejam portando armas de uso restrito das forças armadas, tentativa de solução para um problema que surgiu a partir do desarmamento. Com menos cidadãos armados legalmente, mais criminosos passaram a ostentar armas de fogo ilegalmente. Muitas vezes o poder de fogo dos criminosos se mostra mais forte do que o poder de fogo das forças policiais (VUCKOVIC, 2019, p.2).

Trata-se de uma situação paradoxal, considerando-se o fato de o Brasil ser país “pacificado” e em desenvolvimento. A população passa a exigir dos governos um posicionamento para coibir a violência praticada por grupos criminosos. Além da flexibilização constante das regras do Estatuto do Desarmamento, outras propostas, como a do governador do Rio de Janeiro, ganharam destaque (VUCKOVIC, 2019, p. 2).

Há a realização de uma permuta. De um lado, a legítima defesa dos policiais, de outro lado, o direito ao legítimo ataque, categoria em que estaria inserida a legítima defesa em abater criminosos. Estaríamos diante de uma modalidade de ataque

preventiva, que fez parte da política americana durante o governo Bush. A mera ostentação de armas de fogo de uso restritas seria, nesse diapasão, suficiente para justificar o abate (VUCKOVIC, 2019, p. 2).

Existem argumentos jurídicos em defesa da proposta analisada neste artigo. Desde a edição da Lei nº 9.614, de 1998, a defesa do território nacional pode ser realizada, legalmente, com o emprego de meios bélicos. Isso ocorre, por exemplo, em relação à destruição de aeronaves consideradas hostis, especialmente as que ingressam no espaço aéreo nacional sem autorização (VASCONCELLOS, 2018, p. 35-36).

De acordo com Vasconcellos,

nesse contexto, diante do domínio de fato exercido por organizações criminosas em parcelas do território nacional delimitadas por determinadas comunidades da região metropolitana do Rio de Janeiro, é de se admitir o emprego de ações bélicas para a sua retomada ou, ao menos, para dificultar o exercício desse domínio por aquelas, independentemente de reconhecimento prévio ou posterior de estado jurídico de beligerância. (VASCONCELLOS, 2018, p. 36).

Esse é um dos argumentos sobre o debate. Há outras interpretações que consideram o abate de criminosos oposto ao direito em diversos sentidos. Ao analisar o conceito de legítima defesa, percebe-se que comporta elementos que devem ser preenchidos no caso concreto. No abate de criminosos, esses elementos estão presentes de forma insuficiente e com uma grande flexibilidade linguística.

A própria noção de “agressão atual ou iminente”, que faz parte da ideia geral de legítima defesa, não comporta espaço para uma interpretação extensiva. O conceito está restrito ao espaço temporal, implicando a necessidade de uma agressão presente. A ideia de ser “considerada ‘iminente’ uma agressão que é o potencial objetivo de quem porta um fuzil, mas que não indica início em momento próximo, discrepa da evidência empírica sobre o significado ordinário da palavra” (PÁDUA, 2018, p. 5).

Assuntos dessa natureza precisam ser vistos com cautela. Não é possível desconsiderar os abusos cometidos pelas autoridades responsáveis pela prevenção do crime, muitas vezes prejudiciais à sociedade. Embora, para alguns, a morte de um infrator por um policial seja válida; para outros, a ação é clara violação à norma constitucional e não resolve o problema da criminalidade no país:

uma vez ou outra, infratores são mortos pela polícia, em situação nítida de antagonismo a qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade, mas, em lugar de haver indignação popular, dá-se o efeito inverso. Essa cultura da violência é uma tolice, pois representa, vulgarmente, o que se pode chamar de *tiro no próprio pé*. Hoje, o cidadão que aplaude a violência abusiva dos agentes policiais pode deles tornar-se vítima. Se tal se der, para quem pretende reclamar? Aos órgãos superiores dos policiais? Ao Ministério Público? Ao Judiciário? Em tese, poderia apresentar o seu inconformismo a qualquer deles, embora pouco seria feito, na exata medida em que a *cultura da violência* termina por impregnar, também, outros agentes estatais. (NUCCI, 2016, p. 71).

O Poder Público precisa assumir seu papel em vez de deixar de jogar a

responsabilidade de sua ineficiência ao infrator. O Estado oferece aos seus cidadãos educação, saúde, lazer; enfim, respeita a dignidade da pessoa humana, tem maior capacidade de garantir a ordem social. Por outro lado, a ausência de atenção às necessidades básicas da população contribui para o aumento da criminalidade, consequência da insegurança social.

Noutro vértice, não é possível responsabilizar as polícias pelo problema da segurança pública. Se os agentes incumbidos de proteger a sociedade não encontram condições adequadas de trabalho, por lhes faltar um salário digno à função exercida, recursos tecnológicos, aparatos variados, treinamentos especializados, dentre outros, não conseguirão atender ao anseio de ordem social de maneira efetiva.

Nesses termos, a solução para a controvérsia não é definir se são os direitos humanos ou a segurança pública os responsáveis pelos problemas na execução da política criminal brasileira. As autoridades públicas precisam de equilíbrio, pois a sociedade clama por ordem e justiça, mas também deseja que seus indivíduos sejam respeitados.

Cogente é, pelo exposto, que o Estado, os agentes fiscalizadores do cumprimento dos direitos humanos e a sociedade atuem, solidariamente, para a resolução do problema. Cada entidade tem importante papel para a busca da ordem pública.

Considerações finais

A excludente de ilicitude especial para agentes de segurança pública, em estado de legítima defesa, se tornou tema popular nos últimos anos, sendo a proposta defendida por políticos de extrema-direita que alcançaram posições de destaque nos pleitos eleitorais.

O problema elegido para a investigação foi o seguinte: a excludente de ilicitude especial para agentes de segurança pública em Estado de legítima defesa é viável juridicamente, do ponto de vista da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional vigente no Brasil? Duas foram as hipóteses levantadas, uma no sentido negativo, baseada nos direitos e garantias individuais; outra no sentido positivo, considerando a atividade de risco desempenhada pela força policial. Vale dizer, uma das hipóteses versou sobre a inviabilidade jurídica do abate de criminosos, ao passo que a outra tratou da flexibilização desse entendimento, configurando uma excludente de ilicitude.

O objetivo geral do trabalho apresentado foi analisar a viabilidade jurídica do abate de criminosos portadores de armas de uso restrito, com base em leitura dos direitos e garantias fundamentais. Já os objetivos específicos foram apresentar o debate, analisar os princípios que o tema suscita e verificar, finalmente, a viabilidade jurídica da proposta da excludente de ilicitude.

Várias foram as justificativas para a pesquisa apresentada, do ponto de vista jurídico, social e também particular, considerando-se a postura crítica adotada no trabalho. A possível legalização do abate de criminosos portadores de armas de uso restrito tende a resultar na mitigação de direitos e garantias individuais já estabelecidas no direito brasileiro.

Assim, há as prerrogativas individuais, dispostas na Constituição Federal e em tratados internacionais, que asseguram a proteção a bens indispensáveis ao homem, dentre os quais o direito à vida e à liberdade seriam, sumariamente, violados. Garantias como o devido processo legal, a presunção de inocência e a ampla defesa seriam negligenciadas, tendo em vista que morte sumária aconteceria sem a acusação e, por conseguinte, sem a mínima chance de defesa antes do julgamento.

O devido processo legal restou-se instituído como uma das garantias individuais do homem presente no art. 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988, que determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. De natureza notadamente processual, o referido preceito protege o acusado contra arbitrariedades do Estado, ao possibilitar que faça jus a todos os meios admissíveis pelo direito para provar sua inocência.

A pesquisa se justificou na medida em que a fixação dos conceitos jurídicos e de seus limites é importante para o direito como um todo. Ao contribuir para a definição de parâmetros para a atuação do Estado, a pesquisa contribui, em última instância, para a sociedade civil como um todo.

Como resultado, a pesquisa indicou que a excludente de ilicitude especial não é a melhor saída para a diminuição da criminalidade em locais em que, sabidamente, a violência é mais significativa.

A violência excessiva dos que possuem como tarefa a busca da ordem pública pode gerar resultados contrários aos esperados, conforme demonstram os indicadores de violência e letalidade apontados na pesquisa. Logo, ao policial cabem a proteção da sociedade, a observância dos fatos e das leis, a garantia da ordem pública e a proteção do suspeito que está sob a sua custódia, por ser certo que a proteção da sociedade é atributo do Estado. Além disso, mesmo os agentes públicos responsáveis pela ordem social estão submetidos a códigos de conduta na execução das suas atividades. Há, também, por parte destes, o dever de salvaguardar os direitos individuais.

Ademais, a Constituição Federal institui como direito fundamental a presunção da inocência. Desse modo, o Estado tem como tarefa precípua assegurar aos cidadãos, inclusive aos criminosos, um processo justo.

Não se pretendeu, com este artigo, esgotar todo o conteúdo debatido, mas contribuir para que o tema seja discutido de forma detida e pautada, não a respeito de achismos ou concepções particulares, mas do direito e de seus parâmetros.

A previsão de uma excludente de ilicitude, objeto do estudo, amparada na legítima defesa, deve estar pautada nos princípios basilares erigidos na Constituição Cidadã, por impactar a presunção de inocência, o direito à vida e o devido processo legal. Sem essas garantias, tal excludente culminaria em comprometer o sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nos âmbitos penal, processual penal e constitucional.

A criação de hipótese de excludente de ilicitude especial criaria dupla noção de antijuridicidade, uma para o cidadão comum, outra para os servidores de segurança do estado, conceito criticado por não estar albergado pela dogmática penal. A intenção legislativa de autorizar o “abate” de criminosos que portem armas de fogo de uso restrito das forças armadas faz “letra morta” ao Princípio da Presunção de Inocência, pois condena um suspeito à pena capital sem qualquer investigação, desconsiderando os requisitos legais excogitados na lei para legítima defesa.

A possibilidade de execução sumária viola os direitos e garantias constitucionais, configurando retrocesso no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao deixar de conferir prevalência para as normas ampliativas que efetivam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O Direito Constitucional brasileiro exige interpretação ampliativa dos Direitos Humanos, não se coadunando com a interpretação extensiva da “autorização para matar”, idealizada pelo viés político retrógrado, e dissociado dos princípios norteadores do estado democrático do direito.

A ilegalidade da proposta de estabelecer a excludente de ilicitude, tal como

idealizada, não passa pelo crivo da constitucionalidade, por configurar retrocesso que vai de encontro à presunção dos direitos humanos.

A excludente de ilicitude, ao fomentar condutas desproporcionais por parte de agentes de segurança do estado, criaria imunidade com o risco de ampliar práticas arbitrárias e ilegais dos agentes aos quais cabe a proteção da população. A autorização para o abate de criminosos configura verdadeira execução sumária extrajudicial, que contraria todos os princípios elencados na Constituição Federal e nos tratados internacionais de Direitos Humanos, culminando em verdadeiro retrocesso na promoção da dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL, Planalto. **Código Penal brasileiro de 1940**. Acesso em: 28 out. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL, Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Acesso em: 16 set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

CERVO Amado Luiz; BERVIAN Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

GILABERTE, Bruno; SANNINI, Francisco. **Legalidade do abate de criminosos armados na via pública deve ser analisada à luz do caso concreto**. Meu site jurídico, 2018. Acesso em: 1 dez. 2019. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/11/55de72b8-legalidade-do-tiro-de-comprometimento-contracriminosos-armados-na-via-publica-deve-ser.pdf>>.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

GONÇALVES, Rafael Soares. As eleições de 2018 no Estado do Rio de Janeiro: crônicas de um desastre político. **IdeAs**, 2019. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/ideas/5443>>.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. ed. 19. Niteroi, RJ: Impetus,

2017, v. 1.

LESSA, Marcelo. **O abate de criminosos portando fuzis e a legítima defesa.**

2018. Acesso em: 17 mai. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70036/o-abate-de-criminosos-portando-fuzis-e-a-legitimadefesa?fbclid=IwAR3rlmUOXAxqiWbvkdFX8MDirAaX2it08MMZqhrScZ8Ktw oJ9XKrEjiXFek>>.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública: Questões controversas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e da juventude.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PÁDUA, João Pedro. Notas semânticas sobre a interpretação da legítima defesa, por ocasião da proposta do novo governador do estado do Rio de Janeiro sobre o abate de criminosos. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 26, n. 313, dez. 2018.

TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime.** Tripartido em três projetos de lei. JusPODIVM. 2019.

VASCONCELLOS, Aylton Cardoso. Possibilidade de os agentes da área de Segurança Pública abaterem quem porta fuzil ou armamento de uso exclusivo das Forças Armadas em comunidades dominadas por organizações criminosas. **Revista de Estudos e Debates - CEDES**, v. 4, n. 1, jul. – dez. 2018.

VASCONCELOS, Francisco Mayckson de Aguiar; PERLIN, Edson José. **Do direito de portar e possuir arma de fogo e o princípio da proporcionalidade.** 3º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais, 2015.

VUCKOVIC, Alexandre. A legítima defesa versus o legítimo ataque: o paradoxo entre a legalidade das ações das forças de segurança pública e as medidas de tolerância zero. **International Center for Criminal Studies**, 27 mai. 2019. Acesso em: 28 nov. 2019. Disponível em: <<http://iccs.com.br/legitima-defesa-versus-o-legitimo-ataque-o-paradoxo-entre-legalidade-das-acoes-das-forcas-de-seguranca-publica-e-medidas-de-tolerancia-zero-%E2%94%82-alexandre-vuckovic/>>.



**Revista Processus de Estudos de Gestão,
Jurídicos e Financeiros**

**ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)**

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

**O CONTROLE DO MONITORAMENTO DE VIGILÂNCIA
ELETRÔNICA DE PESSOAS SOB MEDIDAS CAUTELARES NO DISTRITO
FEDERAL**

***Control of electronic surveillance monitoring of people under precautionary
measures in the federal district***

*Edileuza Alves Pereira¹
MSc. Juliana Porto Vieira²*

¹Acadêmica de Direito pelo Instituto Processus.

²Mestra em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal, Coordenadora de Assistência Social, Jurídica e Religiosa no Departamento Penitenciário Nacional, leciono a disciplina de Penal na Faculdade Processus (Unidade Asa Sul e Águas Claras- DF) e Processo Penal na Pós Graduação da Faculdade Processus - DF, leciono na Pós Graduação de Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública - Processus, Processo Penal na Pós Graduação FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público - PB, Processo Penal na Pós Graduação da FESP - Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Fui Coordenadora da Promoção da Política de Alternativas Penais e Atenção ao Egresso no Departamento Penitenciário Nacional, lectionei as disciplinas de Direito Processual Penal I e II, Tributário, Financeiro, Empresarial I e II e Direito Civil na Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP), Professora de cursos profissionalizantes pelo Plano Nacional de Qualificação (PNQ), Professora de Pós Graduação em Ciências Criminais e Advogada autônoma (OAB/PB 17.283). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Ciências Criminais. Busco adquirir experiência do aprender fazendo, no campo profissional, propiciando a complementação do ensino ministrado na Faculdade. Atuar no mercado de trabalho atual, ganhar competitividade e desenvolver um trabalho concreto.

Resumo

O tema deste artigo é “O controle do monitoramento de vigilância eletrônica de pessoas sob medidas cautelares no Distrito Federal”. Investigou-se o seguinte problema: “Como está sendo feito o controle da vigilância eletrônica no Distrito Federal?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “o sistema de vigilância eletrônica é eficaz no Distrito Federal”. O objetivo geral é “analisar o instituto do monitoramento de vigilância eletrônica”. Os objetivos específicos são: “elaborar um histórico do sistema de vigilância eletrônica”; “analisar o sistema como forma de diminuir o cárcere”; “analisar a legislação penal de monitoramento eletrônico”. Este trabalho foca em uma perspectiva individual para trazer mais conhecimentos sobre o assunto; para a ciência, estudar as medidas protetivas e respostas aos delitos sociais que são dadas pelo Estado e minimização dos efeitos da violência que ocorrem nos seios sociais; promoção de direitos humanos, sob a ótica da segurança da sociedade.

Palavras-chave: Direito. Execução Penal. Monitoramento. Penal. Processo Penal.

Abstract

The theme of this article is “The control of electronic surveillance monitoring of people under precautionary measures in the Federal District”. The following problem was investigated: “How is electronic surveillance being controlled in the Federal District?” The following hypothesis was considered “the electronic surveillance system is effective in the Federal District”. The overall objective is to “analyze the institute of electronic surveillance monitoring”. The specific objectives are: “to make a history of the electronic surveillance system”; “Analyze the system as a way to reduce prison”; “Analyze the criminal law of electronic monitoring”. This paper focuses on an individual perspective to bring more knowledge about the subject; for science, study the protective measures and responses to social crimes that are given by the state and minimize the effects of violence that occur on social breasts; promotion of human rights from the perspective of society's security.

Keywords: Law. Penal execution. Monitoring; Criminal; Criminal proceedings.

Introdução

O presente trabalho pretende abordar o controle do monitoramento de vigilância eletrônica de pessoas sob medidas cautelares no Distrito Federal o controle do monitoramento eletrônico de pessoas sob medida cautelares no Distrito Federal, que é medida de execução penal para pessoas que cometeram crimes com um menor potencial ofensivo, esta medida traduz o esforço de equilibrar os anseios sociais por maior segurança como também pela redução da população encarcerada e promoção dos direitos humanos.

Os principais problemas que se encontra com a monitoração eletrônica de pessoas e com relação à visão sociedade, que muitas vezes tem a sensação de

impunidade com a vítima e familiares que gera insegurança. A violência só aumenta e está acontecendo umas verdadeiras inversões de valores e poderes.

Este artigo se propôs a resolver a seguinte pergunta: “Como está sendo feito o controle da vigilância eletrônica no Distrito Federal?”, e para tanto foram feitos estudos acerca da temática em âmbito do DF.

Deve se levar em conta que a hipótese inicial da pesquisa é de que o sistema de vigilância eletrônica funcione de modo eficaz no Distrito Federal.

Assim, o Objetivo Geral deste trabalho foi analisar o instituto do monitoramento de vigilância eletrônica como um todo, buscando informações em âmbito nacional.

Já com objetivos específicos desta pesquisa foram: “elaborar um histórico do sistema de vigilância eletrônica”; “analisar o sistema como forma de diminuir o cárcere”; “analisar a legislação penal de monitoramento eletrônico”.

A importância dessa pesquisa para o pesquisador se deu pelo fato de adquirir novos conhecimentos, que possam ser necessários para enriquecer sua carreira profissional.

Já para a ciência foi relevante estudar as medidas protetivas e respostas aos delitos sociais que são dadas pelo Estado, como forma de resposta ao combate de ações delituosas e minimização dos efeitos da violência que ocorrem nos seios sociais.

Por fim, para a sociedade como um todo, foi importante por cumprir com o princípio da promoção de direitos humanos, sob a ótica da segurança da sociedade num geral.

Nesse sentido, para alcance dos dados e informações para execução desta pesquisa, esta se baseou em pesquisa bibliográfica, na análise de documentos, de páginas eletrônicas, do portal da transparência como entrevistas explorativas com atores e servidores públicos, que subsidiaram o conjunto de conhecimentos que se pretendeu abordar em questão.

Com as novas pesquisas e estudo de políticas relacionada à execução da pena, o estado fez novos investimentos em formas de aplicação do cumprimento de penas a pessoas de acordo com a tipologia criminal, do potencial ofensivo delituoso, da minimização dos problemas da política nacional penitenciária, melhor aparelhamento e formação dos agentes públicos envolvidos.

Ao fim, ressalta-se que o presente trabalho pretende estudar e esboçar como a política penitenciária nacional pode ser formatada em um modelo de gestão visando reduzir os índices de encarceramento, promover os direitos humanos dos criminalizados, reduzir os dados sociais, como melhor controle daqueles que estão sob a custódia estatal.

1. HISTÓRIA DAS PRISÕES E MEDIDAS DE CAUTELA

Quando a leitura era feita da sentença de condenação, ficava de pé no cadafalso, sustentado pelos carrascos. Aquele era um espetáculo horrível em volta uma grande mortalha, a cabeça coberta por um pano, o assassino de familiares com vestes assombrosas e que dava medo, só percebia sinais de vida através de gritos assustadores que se ouvia ao logo da execução do assassino.

O relaxamento da rigorosidade penal no escoar-se dos últimos séculos é um acontecimento bem comum dos historiadores do direito. Contudo, com o decorrer do tempo foi sendo analisado a ideia de menos sofrimento e tendo mais generosidade, mais amor e respeito a humanidade. Portanto, as mudanças se fizeram mais comum e foram modificando a forma de penalidade e mudando os objetivos das penalidades. (FOUCAUT, 1987, p.13 e 14).

O corpo era visto como a melhor forma de punir, fazer o condenado sentir dor era a melhor forma de condenação, tendo em vista o castigo físico, sofrimento e humilhação do réu assim era feito a justiça. Mas com o passar dos anos, suspendeu-se este tipo de punição dando lugar ao direito da pessoa de ser punida, na forma de uma lei menos severa, surgindo assim uma nova retenção de valores ao ser humano, onde começaram a substituir carrascos por guardas, médicos por psiquiatras, psicólogos, educadores. Com essa ação os profissionais conseguiram, aos poucos,

entender que o corpo não era a melhor forma de punição (FOUCAUT, 1987, p. 15a 17).

2. AS ORIGENS DA PUNIÇÃO NO BRASIL

A punição no Brasil começou com os trabalhos escravos, no qual foram destinados pelos senhores do engenho o poder de punição o “dizer o direito”, os castigos corporais eram vistos como uma forma de punição, a dor. Os castigos começaram a ser limitados quando entrou o processo de abolição e fizeram alterações nas novas formas de castigos dos escravos. Na intenção de diminuir os exageros praticados pelos “donos dos escravos”, as novas regras previam o conhecimento da justiça pública, que devia ter conhecimento dos crimes praticados, para a aplicação da penalidade pela polícia imperial administrativa (SILVA, 2017, p.188).

Em 1832 foi feito por José Bonifácio de Andrade uma Assembleia Constituinte, onde proibia aos Senhores Feitores que castigasse os escravos com penas perversas e extremamente cruéis, embora esta regulamentação não tenha diminuído os castigos cruéis com a tal regulamentação, principalmente aqueles que residiam na propriedade dos Senhores, dominados pelas próprias leis privadas. Também houve a atuação da justiça pública em alguns meios urbanos. O processo de abolição não conseguiu atingir literalmente sua finalidade, mesmo assim, teve um grande retrocesso. Para que a população fosse mantida liberta, teve algumas exigências produtivas e novas ideias. (SILVA, 2017, p. 188 e189).

Há diversas formas de execução de punições, no caso brasileiro, o Decreto Republicano adotou o modelo irlandês ou progressivo, que em resumo, visava à redução do encarceramento, isto é, do isolamento do regime fechado até o aberto, diferenciando do sistema auburniano (modelo prisional era o silêncio absoluto imposto aos presos, razão pela qual ele também era chamado de "*silent system*") que fora implantado nas casas de correção do Rio de Janeiro como em São Paulo. (SALLA, 1999, p. 147-148).

O código penal fixou em 1891 a prisão de quinze a trinta dias para o crime de vadiagem e um termo que o sujeito tinha que assinar se comprometendo a encontrar um trabalho quinze dias após o cumprimento da pena. E os que eram reincidentes, as penas variavam de um a três anos e eram cumpridas em colônias de fronteiras ou

penais. Os que eram menores de 14 anos que cometiam o crime de vadiagem ficariam internados em uma instituição disciplinar, onde permaneciam reclusos até os 21 anos. (SILVA, 2017, p. 190).

No que se refere ao direito de punir, a sugestão de um perfil mais humanista fez com que surgisse o fim dos açoites, torturas, marcas de ferro, assim como outras penas cruéis e confirma o princípio individual da legalidade para os crimes. (FOUCAUT, 1987, p.17).

A distintiva do tratamento penal conferido aos sujeitos sociais ao longo do século XIX é a expressão de uma forma de sociabilidade que permitiu e fomentou a convivência entre o poder público e o poder doméstico. Os senhores resistiram incessantemente a qualquer tipo de codificação das relações estabelecidas com escravos, ou com qualquer tipo de indivíduos em situação social inferior, por considerá-las limitadores capazes de modificar as formas de cobrança de produtividade, como os tradicionais símbolos dos arranjos paternalistas.

Os modernos valores contribuíram para uma formação social brasileira, permitindo a convivência com componentes modernos e antigos entre outros estilos que acabou gerando superposições de funções, políticas administrativas e econômicas para a sociedade, a economia era dominada pela política. (SILVA, 2017, p. 186 a 193).

3. DIVERSAS MEDIDAS DE ATENÇÃO AO CÁRCERE

A Lei 12.403/2011 teve alteração com relação a prisão processual, as medidas cautelares e liberdade provisória, além disso teve a novidade no Código de Processo penal. Os doutrinadores viram essa reforma como ponto positivo por se tratar de uma grande evolução no sistema penal brasileiro, que a real situação atual que o Brasil estava enfrentando no sistema carcerário, essas medidas novas diversas pretendiam atender as prisões em flagrante ou prisão preventiva.

O artigo 5º, LVII, da constituição consta o princípio da inocência, o indivíduo não poderá ser considerado culpado até que o trânsito seja julgado a sentença penal condenatória. Já o princípio da razoabilidade é uma espécie de meio caminho para que não ocorrer exageros ao princípio fundamental. O princípio da jurisdicionalidade

que está revisto no artigo 5º, inciso LXV na Carta Maior também assegura os direitos fundamentais com regras previstas em lei, em que o processo penal enfatiza como medidas cautelares de cunho pessoal. (NOGUEIRA, 2016, p 02)

Por fim, o princípio da motivação que se encontra na Carta Magna, no artigo 93, inciso IX, sendo assim declarado que as decisões judiciais sejam motivadas em sua sentença, fato este que se não for feita, poderá ocorrer nulidade da decisão. Essas cautelares citadas nesses três artigos têm como finalidade o uso do código penal; onde requer proteção e segurança das provas contra a vítima, neutralizando assim práticas de infração penal. Buscando, assim, evitar a reincidência criminosa de acordo com a gravidade do crime, como foi fato e questões pessoais do possível acusado.

Porém, como toda medida tem que ser analisada, deve cumprir requisitos conforme o artigo 282, I, II, do Código de Processo Penal brasileiro para adequar às necessidades de aplicação, sendo necessária uma investigação ou instrução criminal para aplicar a lei penal e ser adequada à gravidade e à circunstância das condições e dos fatos.

O total de medidas cautelares diversas a prisão são nove medidas descritas no artigo 319, do Código de Processo Penal, entre elas: se apresentar ao juiz quando for solicitado no prazo e nas condições nelas fixadas por ele para esclarecimentos de algumas atividades. (NOGUEIRA, 2016, p.06)

São as medidas que estão previstas na Lei 9099/95 que prevê no artigo 89, §1º, a obrigação comparecimento pessoal e obrigatório em juízo, todos os meses para maiores esclarecimentos sobre suas atividades onde é submetida a esta lei em caso de crimes de menor potencial em que a pena máxima é de até dois anos. Já a Lei 12.403/2011 restringe a pena máxima de quatro anos podendo ser aplicada na fase de cumprimento. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p. 30)

O apenado tem limitação quando se encontra em cumprimento da pena alternativa para frequentar determinados lugares em caso de descumprimento correndo o risco de perder o benefício, como o apenado precisa manter a distância desses lugares para assim evitar novas ocorrências.

Essa medida cautelar tem como objetivo evitar que o indivíduo tenha novamente o contato com o mundo crime como também evitar novas ocorrências na população, sendo assim, a medida pode ser aplicada a qualquer delito mesmo sendo cumulado de outro delito. Em geral, as medidas cautelares limitam lugares que devem ser frequentados como serem proibidos o acesso. A medida cautelar já é prevista no art. 22, III, a e b, da Lei 11.340/2006, Código de Processo Penal, que alcança várias situações. (NOGUEIRA, 2016, p. 03)

4. HISTÓRIA DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA E MONITORAMENTO

As primeiras experiências acerca de localização à distância remontam surgimento na década de 1960. No ano de 1964, um grupo de pesquisadores da universidade de Harvard, em Massachusetts, nos Estados Unidos, desenvolveu um transmissor portátil chamado *Behavior Transmitter Reinforcer* (BT-R) composta de duas unidades, uma fixada no cinturão, onde era incluso uma bateria e um transmissor, e a outra no pulso que funcionava como um sensor.

Segundo o entendimento de SOUZA, Bernardo de Azevedo, as origens do monitoramento eletrônico devemos atribuir graças aos dois gênios e irmãos gêmeos Ralph e Robert Schwitzgebel, após eles terem assistido um Musical *West Side Story*, inconformado com o fim trágico do protagonista, Ralph pensou em outro desfecho para o filme que se existisse um equipamento que pudesse rastrear a aproximação do assassino, talvez teria assim evitado a morte do protagonista. Realizaram as primeiras experiências com monitoração em 1964, nos EUA, com vários jovens reincidentes, também podemos apontar o Juiz de direito o Dr. Jack Love no Estado do Novo México. O Juiz aprimorou a ideia após ler uma história em quadrinhos do homem aranha onde o rei do crime prendeu um bracelete no pulso do homem aranha a fim de monitorá-lo. (SOUZA, 2014, p.02)

A eletrônica e a informática prévia a produção dos receptores da pulseira eletrônica serem fixadas, *a priori*, no pulso, assim como a história em quadrinhos que ele havia lido. Em 1984, o Juiz Jack Love implantou o monitoramento eletrônico para

cinco presidiários na cidade de Albuquerque localizada no estado do Novo México. (GRECO 2012 P.03)

Assim surgiu a National Incarceration Monitor and Control Services, a única agência a produzir instalações anunciadas ao controle e monitoração de seres humanos. A monitoração eletrônica permite que os responsáveis por fiscalizar o cumprimento da pena tenha conhecimento exato. a respeito dos seus passos, já que o sistema ver com nitidez a área delimitada correspondida. (GRECO 2012, p.03)

5. SURGIMENTO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO BRASIL COMO MEDIDA ALTERNATIVA

Em 2001 brotou a ideia do monitoramento eletrônico no Brasil, quando o Congresso Nacional demonstrou preocupação com a realidade do sistema prisional brasileiro, com a superlotação de mais de 230 mil presos. (SOUZA, 2014, p.01)

Com esse cenário, surgiram vários projetos de lei, iniciados em 2001, mas apenas em 2010 começou a ser executada a monitoração aos presos na fase de cumprimento de pena quando há saída temporária ou nos casos de prisão domiciliar. Foi promulgado a lei nº 12.258 de 15 de junho de 2010, onde ficou permitido no âmbito da execução penal a utilização de equipamento de monitoração. Diante dessa circunstancia, surgiu no ano de 2011 a Lei nº 12.403, a qual estendeu-se opções de aplicação do monitoramento eletrônico, sendo permitida como medida cautelar diversa da prisão.

A orientação de implementação de serviço público de monitoração eletrônica de pessoas oriundas do Sistema Penitenciário Nacional, foi sendo analisada pelo desenvolvimento do campo de Justiça Criminal quanto ao efetivo resultado da socialização do preso e redução da população carcerária. Uma das realidades da sociedade atual tem sido constada um aumento da criminalidade, sobretudo a violência e, conseqüentemente, o aumento de pessoas encarceradas. (SOUZA, 2014, p.01)

A realidade desse excesso de lotação do sistema carcerário acaba gerando preocupações, e com o passar dos tempos, as penas privativas de liberdade começaram tendo que deixar a teoria para serem colocadas em prática, sendo elas

as penas alternativas. Neste sentido surgiu a ideia do monitoramento eletrônico que passou a ser visto como a melhor forma e solução para a superlotação do sistema carcerário brasileiro. (GRECO, 2012, p.05)

Conforme preleciona Rogério Greco, o monitoramento eletrônico foi criado com a intenção de fazer com que o condenado não fosse retirado, abruptamente, do seu meio social. Muitos dos nossos direitos assim como nossos filhos são tratados em casa durante uma correção que os pais impõem limites. O monitoramento eletrônico é uma forma de tentar fazer isso com quem inflige a lei e cometa crimes de menor potencial ofensivo, impondo limites, contudo, ainda permanecendo o convívio em sociedade. Quando castigamos, não é dessocializando que resolve, mas sim, educando e ensinando que não deve voltar a praticar o determinado ato que levou a retirada dos direitos.

O projeto de monitoração eletrônica teve início a cerca de trinta anos, pelo governo dos Estados Unidos da América, preferencialmente pelo Departamento de Defesa, depois de vários lançamentos via satélites com o objetivo de obter localização positiva e viável para ter eficácia no monitoramento. Com o passar dos anos o sistema foi só melhorando, hoje contando com mais de vinte e quatro satélites em órbita, sendo mais de doze localizados em cada hemisfério, e seis estações de controle em terra. (GRECO, 2012, p.02)

A tornozeleira eletrônica permite que o condenado mesmo sendo um preso processual cumpra a pena fora do cárcere, sendo este monitorado eletronicamente à distância.

O monitoramento vem sendo aplicado desde a década de 80, onde foi iniciado nos Estados Unidos, tendo propagado por diversos países. Ao contrário do que se pensa, esta medida de alternativas penais foi duramente criticada. Uma das críticas principais é em relação a sua efetividade, que inicialmente foi vista como uma forma de gestão prisional que jamais iria reduzir a superlotação. (SOUZA, 2014, p.8)

Com o aumento dos encarcerados no Brasil teve a necessidade de fazer o uso desta tecnologia que, apesar das críticas, a comissão da constituição e justiça (CCJ) da Câmara aprovou o projeto de lei em 2007, sendo assim, autorizado o uso de

tornozeleira eletrônica em condenados. A monitoração eletrônica foi objeto também de resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no ano de 2017, onde ficou estabelecido em seu artigo 4º, uma série de princípios que regem e acompanham a monitoração eletrônica no país. (Resolução nº 5 de 10 de novembro de 2017)

6. A APLICABILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO

Mesmo sem autorização do Congresso Nacional, houve em 11/07/2007 o monitoramento eletrônico pela primeira vez no Brasil, monitorando cinco presos em regime semiaberto na Paraíba, especificamente na cidade de Guarabira, já que estes presos teriam cumprido a maior parte da pena. Então foi feito um projeto experimental com esses voluntários, utilizando a tornozeleira eletrônica por cerca de seis meses, sendo monitorados via satélite pelo Instituto de Metrologia da Paraíba. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p. 29)

A proposta consiste na alteração dos artigos 35, 36, 85 do Código Penal, artigo 312 do Código do Processo Penal e dos artigos 37, 66, 115, 123 e 132 da Lei de Execução Penal, também acrescentando os artigos 146A e 146G. A segunda proposta foi para mudar a redação do artigo 36 do Código Penal e dos artigos 66, 115, 122 e 132 da Lei de Execução Penal. Portanto, foi aprovada a Lei nº 1288 de 2007, onde foi relatado pelo então Deputado Flavio Dino e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, podendo alterar o Código Penal e a Lei de Execução Penal para rever o uso do equipamento eletrônico. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008 p. 17, 18, 29)

De acordo com o artigo 146B da Lei 12.258 de 2010, o juiz poderá definir que a fiscalização por meio eletrônico se dê quando autorizada a saída temporária do apenado em regime semiaberto e somente permitida para esses casos, ou também quando determinar a prisão domiciliar do mesmo.

O artigo 146C da mesma lei estabelece uma série de cuidados e regras que o apenado deve ter acerca da tornozeleira, como receber visitas dos servidores responsáveis pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos feitos e cumprir suas orientações, bem como deve se abster de remover, de causar violação

ou modificação, ou de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outra pessoa o faça. (GRECO, 2012, P. 04)

A introdução da monitoração eletrônica por meio jurídico implicará regras imposta ao condenado para cumprir a pena privativa de liberdade no regime semiaberto ou aberto, com a utilização desta tecnologia se estenderá a um grande número de apenados beneficiados com a utilização da tornozeleira eletrônica, sem a necessidade do encarceramento, onde eles serão monitorados em tempo pelo equipamento com eficácia e podendo ser uma pena alternativa à prisão, que neste caso aplicaria a prisão domiciliar com limitações de locais e horários, além de substituir a pena que restringe direitos pela pena privativa de liberdade.

Nos casos de reincidentes ou os que praticaram crimes com violência ou grave ameaça, a extensão e suspensão condicional para os reincidentes em crimes dolosos poderá ser cumprida através do uso da tornozeleira eletrônica, desde que, o condenado seja ouvido pelo ministério público e que estes concordam a apresentem condição para ser monitorados. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p. 31)

Segundo Azevedo e Souza (2014) no Brasil, o modelo de monitoramento eletrônico já foi implementado em 17 estados, sendo eles: Acre, Alagoas, Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio de Janeiro, Roraima, Rio Grande do Sul e São Paulo e estavam em fase de testes em dois deles, Santa Catarina e Sergipe, de acordo com os dados do recente diagnóstico nacional veiculado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Mas o sistema de controle não vem se configurando como uma alternativa à prisão, e sim como um instrumento aliado aos movimentos de controle social e de recrudescimento do poder punitivo. (SOUZA 2014)

Dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) para o ano de 2017 abordam a situação da aplicação da monitoração eletrônica no país. Neste ano, a população carcerária era de cerca de 726 mil presos, e continua crescendo a cada ano. Estes dados são importantes para estabelecer um perfil presidiário do Brasil, onde 89% dos monitorados eram homens, e 11% eram mulheres, onde 29% destes presos possuem faixa etária entre 25 e 29 anos.

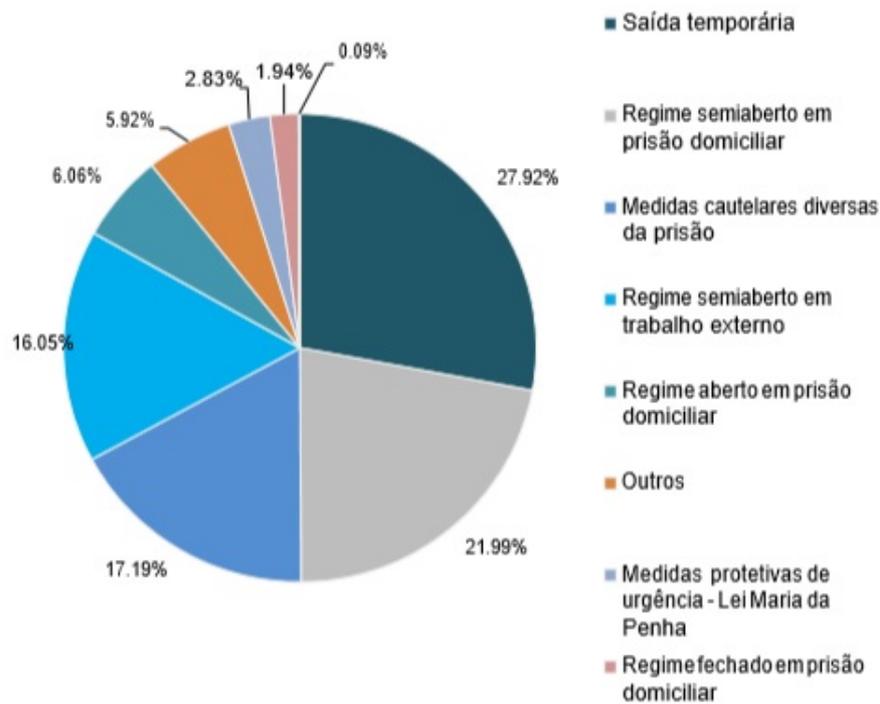
Contudo, uma análise minuciosa sobre o monitoramento eletrônico de pessoas como medida cautelar diversa a prisão, o réu passa a ter outra opção de cautelar com a monitoração eletrônica sem a necessidade da prisão provisória e assim, poderá responder em liberdade.

Destacando-se que utilizando monitoração eletrônica de maneira retraída como medidas cautelares, de modo especial a sua aplicabilidade na execução penal. Sendo assim, da realização da prática de monitoração eletrônica no Brasil, 86,18% dos indivíduos monitorados se encontram em execução penal. (PIMENTA, 2017, p.73)

A implantação da ideia do monitoramento eletrônico no Brasil, começou a surgir efetivamente da monitoração nas casas legislativas brasileiras em 2007 com proposta de adotar esse sistema. Em 2007 iniciaram os projetos de lei de número 165 de 2007 e 175 de 2007 que foram aprovados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, onde foram recebidos sob número 1295 de 2007 e 1288 de 2007, para ser revisado pela Câmara dos Deputados.

Alguns gráficos divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional ajudam a entender como tem se dado a questão em âmbito nacional, o primeiro deles trata das modalidades de utilização da monitoração eletrônica no país, onde 27,92% dos usuários estão em saída temporária, 21,99% estão em regime semiaberto em prisão domiciliar, 17,19% estão em medidas cautelares alternativas à prisão, 16,05% estão em regime semiaberto em trabalho externo e 6,06 estão em regime aberto em prisão domiciliar, ou seja, cerca de 73,96% dos usuários da medida se encontram em fase de execução da sentença penal. (PIMENTA, 2017, P. 60)

Figura 1: Modalidades de utilização da política de monitoração eletrônica



Fonte: DEPEN, 2017.

7. EFICÁCIA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DISTRITO FEDERAL

O projeto de monitoramento eletrônico no Distrito Federal foi ampliado no ano de 2018, passando a disponibilizar mais de 125 tornozeleiras, contando também com 300 varas criminais, de violência doméstica e de entorpecentes que poderão indicar medidas alternativas à prisão. Conforme firmado um acordo entre o Governo Federal, através da Secretária de Segurança Pública e da Paz Social (SSP/DF) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT).

Nos anos anteriores, o sistema de monitoramento eletrônico abarcava apenas o Núcleo de Audiência de Custódia (NAC), a Vara de Execuções das Penas (VEP) e a Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto (VEPERA).

Antes da ampliação, os presos só eram monitorados em casos de cumprimento de medida cautelar, como os agressores acusados por violência doméstica, custódia dos considerados legalmente vulneráveis e presos provisórios com direito à monitoração. Já os presos do regime semiaberto que realizavam trabalho

externo e saída temporária eram atendidos à critério da VEP.

A importância desse projeto significa cidadania e mais eficácia no sistema prisional. Segundo a avaliação realizada pelo secretário da Segurança Pública e da Paz Social, o Sr. Cristiano Sampaio, em apenas 7 (sete) meses da implantação da monitoração eletrônica já estão sendo observados avanços positivos no Distrito Federal.

O sistema de monitoração eletrônica foi implantado no Distrito Federal em setembro de 2017, tendo este projeto a capacidade de atender seis mil beneficiados, que estão previstos no contrato firmado com a empresa prestadora do serviço. Na atualidade o Distrito Federal possui 43 monitorados, sendo 33 pela NAC, 6 pela VEP e 4 pela VEPERA. (SESIPE, 2019)

Este sistema é gerenciado pelo Centro Integrado de Monitoração Eletrônica (CIME), órgão da Subsecretaria do Sistema Penitenciário (SESIPE), da Secretaria de Segurança Pública e Paz Social do DF. É por meio do CIME que as demandas que chegam do Judiciário são atendidas, incluindo a instalação, manutenção e retirada dos dispositivos dos monitorados no DF.

Em comparativo a um outro estado como podemos verificar, o Acre, como um modelo diferenciado da monitoração, dados divulgado pelo Unidade de Monitoramento Eletrônico de Presos (Umep) são de, 800 tornozeleiras eletrônicas ativas no estado, que se orgulha dessa eficiência na medidas alternativas, tendo este, o estado com melhor e mais efetivo controle de monitoração eletrônica do Brasil.

Destarte, o Distrito Federal ainda se encontra em período de avanço no monitoramento eletrônico, tendo em vista que é algo em andamento na capital brasileira.

Considerações Finais

Este trabalho tratou do controle do monitoramento de vigilância eletrônica de pessoas sob medidas cautelares no Distrito Federal, e o fez através de pesquisa junto aos órgãos e doutrinas cabíveis ao caso.

Analizou a questão em âmbito do Distrito Federal, esmiuçando as formas como ela se dá, a fim de verificar se a mesma é aplicada e funciona de modo eficaz, restando comprovada a hipótese inicial de que o sistema de monitoramento eletrônico funciona bem no DF.

O objetivo geral desta pesquisa foi analisar o instituto do monitoramento de vigilância eletrônica como um todo, buscando informações em âmbito nacional. Já como objetivos específicos desta pesquisa têm: “elaborar um histórico do sistema de vigilância eletrônica”; “analisar o sistema como forma de diminuir o cárcere”; “analisar a legislação penal de monitoramento eletrônico”.

O trabalho foi importante para o pesquisador, por lhe dar mais conhecimentos para a ciência, por agregar valor à questão trazendo informações de que o instituto funciona, e para a sociedade que tem interesse em se manter segura e ver as medidas penais sendo cumpridas.

O sistema de monitoramento eletrônico no Brasil, mesmo sendo relativamente recente, possui bastante eficácia no que pretende cumprir: monitorar e acompanhar os presos que estão em fase de execução penal e que possuam este direito.

É certo que ainda existem algumas falhas onde os presos fazem a remoção do equipamento a fim de burlar a medida e fugir do cumprimento da pena, mas com relação a isto existem consequências como a regressão de regime, a revogação da autorização de saída temporária, a revogação da prisão domiciliar e advertência ao juiz competente.

Este sistema se encontra em constante modernização, para que se torne cada vez mais eficaz, e é um dos principais métodos existentes hoje para contornar o enorme problema de superlotação nos presídios brasileiros, além de reduzir os custos de manutenção dos presos, pois é mais barato do que manter a pessoa em cárcere.

Por fim, é importante que os órgãos responsáveis continuem buscando aperfeiçoar alternativas penais como a do monitoramento eletrônico, a fim de amenizar a questão carcerária no país, quanto de melhorar a vida do encarcerado, que pode aos poucos se ressocializar sem estar sujeito a medida de restrição de liberdade.

Referências

BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Código de Processo Penal, **Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941.

_____. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 1988.

_____. **Decreto nº 7.627**, de 24 de novembro de 2011. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas previstas no Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

_____. Lei de Acesso à Informação. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011.

_____. Lei de Execução Penal, **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984.

_____. **Lei nº 12.258**, de 15 DE JUNHO DE 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos

BRASIL, Ministério da Justiça. **Monitoramento Eletrônico: uma alternativa á prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008. P.13, 29, 30 e 31

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, **Resolução nº 5**, de 10 de novembro de 2017. 2017

FOUCAUT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.P. 16 e 17;

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

_____. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

_____. Manual de Artigo de Revisão de Literatura. Brasília: Processus, 2019.

_____. Manual de Projeto de Pesquisa. Brasília: Processus, 2019.

_____. Metodologia Científica e Redação Acadêmica. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

GRECO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. Artigo, 2012. Disponível em <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819870/monitoramento-eletronico>. Acesso em 22/10/2018.

NOGUEIRA, Thays Rodrigues. **Medidas cautelares diversas a prisão**. Artigo, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9677/Medidas-cautelares-diversas-a-prisao> Acesso em 01/06/2019

PIMENTA, Izabella Lacerda. **Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas**. 2017.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo. Annablue, 1999.

SILVA, André Luiz Augusto da. **Eye for na eye: um debate sobre prisões**. 1 ed. Curitiba: Appris, 2017.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Ensaio sobre a pena de prisão*. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e, **As origens do monitoramento eletrônico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/315647905/as-origens-do-monitoramento-eletronica>. Acesso 23/10/2018.

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA. <https://www.agencia.ac.gov.br/acre-se-destaca-por-eficiencia-no-sistema-de-monitoramento-eletronico-de-presos/>

SUBSECRETARIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO DISTRITO FEDERAL. **Governo de Brasília – SESIPE**, 2018. Disponível em: <http://www.sesipe.ssp.df.gov.br/df-amplia-projeto-de-tornozeleiras-eletronicas/>. Acesso em: 20 abr. 2019



**Revista Processus de Estudos de Gestão,
Jurídicos e Financeiros**

**ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)**

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

A VIABILIDADE DA MEDIAÇÃO ONLINE¹

THE VIABILITY OF ONLINE MEDIATION

Líliam de Oliveira Lopes Silva²

Jonas Rodrigo Gonçalves³

Resumo

O tema deste artigo é: A viabilidade da Mediação Online. Investigou-se o seguinte problema: “É viável a mediação online?”. Cogitou a seguinte hipótese “Sim, pois são necessárias ferramentas mais eficazes para a solução de conflitos”. O objetivo geral é “Analisar a viabilidade da mediação online”. Os objetivos específicos são: “Analisar as vantagens e desvantagens da mediação online”; “diferenciar a mediação presencial da eletrônica”; “listar soluções para rompimento dos obstáculos dificultadores da aplicação do art. 46 da Lei da Mediação”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido a possibilidade de quebra de paradigmas; para a ciência, é relevante por representar uma forma diferenciada de

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Roberta dos Anjos Matos Resende.

² Graduando(a) em Direito pela Faculdade Processus; Graduado em Ciências Contábeis pela União Educacional de Brasília – UNEB.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

solução de conflitos; agrega à sociedade por ser a principal forma de solução de conflitos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Mediação. Digital. Métodos. Solução. Conflitos.

Abstract

The theme of this article is The Viability of Online Mediation. The following problem was investigated: "Is online mediation feasible?". The following hypothesis was considered: "Yes, because more effective tools for conflict resolution are needed". The overall goal is to "Analyze the viability of online mediation". The specific objectives are: "Analyze the advantages and disadvantages of online mediation"; "Distinguish the presential mediation of electronics"; "List the solutions for bursting the obstacles hindering the application of art. 46 of the Law of Mediation". This work is important from an individual perspective due to the possibility of breaking paradigms; for science, it is relevant because it represents a differentiated form of conflict resolution; It adds to society because it becomes the main form of conflict resolution. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Mediation. Digital. Methods. Solution. Conflicts.

Introdução

O presente artigo de revisão de literatura analisa uma forma alternativa de resolução de conflitos, a mediação online. Ela surgiu no Brasil em 2015, com vigência do Novo Código de Processo Civil e com aprovação da Lei nº 13.140/2015, Lei da Mediação, contemplando a mediação online. Disserta sobre as vantagens e desvantagens da mediação online e analisa sua viabilidade.

Para a adequação das formas de solução de conflitos à atual função jurisdicional contemporânea, foi necessário reavaliar e atualizar tais formas frente às inovações tecnológicas que usam dispositivos como tablets e smartphones, e permitem a comunicação em tempo real (LIMA; FEITOSA, 2016, p.54).

Este artigo propõe responder ao seguinte problema: A mediação online é viável? Diante da conectividade da sociedade atual e para que os procedimentos processuais acompanhem a era digital, antes do conflito tornar-se um litígio judicial entre os envolvidos, o Código de Processo Civil de 2015, com a visão penetrada na era da tecnologia, contrariando os códigos anteriores, prima pelo processo célere e privilegia os meios consensuais de resolução de contendas, como a mediação (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.8).

As relações estabelecidas pelos indivíduos na Internet e demais canais de transmissão de dados e informação, quando conflituosas, são encaminhadas naturalmente aos meios de Resolução Online de Litígios (ODR). São criadas novas ferramentas para atender essas conexões jurídicas oriundas do ciberespaço. A resolução extrajudicial de contendas pela arbitragem, conciliação ou mediação, não está constricta às formas físicas de resolução de conflitos (AMORIM, 2017, p.516).

A hipótese levantada frente ao problema em questão foi: Sim, com o avanço da sociedade e a valorização do uso de novas tecnologias, é necessária a implementação de ferramentas mais eficazes para a solução de conflitos, como a mediação online. Portanto, a mediação online como solução alternativa de resolução de conflitos é fruto da evolução da sociedade diante do desenvolvimento de novas tecnologias.

A gestão tanto de conflitos originados online, quanto das relações consumeristas em e-commerce, e de relação offline ou fora da internet, como o das relações de consumo de telefonia, podem utilizar esta nova forma de solução de conflitos (LIMA; FEITOSA, 2016, p.62).

O Objetivo Geral deste trabalho é analisar a viabilidade da mediação online, demonstrando as vantagens da utilização dessa nova forma de solução de contendas.

No desenvolvimento de um novo procedimento de solução de conflitos online, com o aprimoramento do processo eletrônico, é preciso avançar a virtualização do Judiciário. Não consiste na simples utilização de meios de tecnologia da informação, como vídeoconferências, computadores ou processos digitalizados, mas todo o processo é efetuado de maneira virtual (LIMA; FEITOSA, 2016, p.62).

Os Objetivos Específicos deste trabalho são: Analisar as vantagens e desvantagens da mediação online; diferenciar a mediação presencial da eletrônica; e, listar as soluções para rompimento dos obstáculos dificultadores da aplicação do artigo 46 da Lei 13.140/2015, Lei da Mediação.

A forma de organização dos Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) é idêntica àquelas em rede. Porém, a concentração de controle e poder do terceiro imparcial intervencionista pode graduar os modelos dos MASCs, gerando grande variação da participação decisória deles. Já na negociação, somente os envolvidos constroem a solução, não há a participação de um terceiro. Nas

Resoluções Online de Disputas (ODRs), é possível apresentar plataformas que possuam ou não um terceiro atuando, assim as partes têm maior ou menor autonomia (LIMA; FEITOSA, 2016, p.63).

Há a necessidade de mudança de paradigmas, em virtude da evolução das relações humanas, com o advento da internet e a crescente virtualização dos serviços e produtos à disposição da sociedade, com a percepção da importância de partir das formas tradicionais de resolução de conflitos para outras que estejam ligadas ao mundo cibernético, como a mediação online.

O estudo demonstra que a referida forma de resolução de conflitos propiciará a valorização do uso de novas tecnologias para acompanhar o avanço da sociedade.

A mediação online tem a chance de ser a principal forma de solução de alguns tipos de controvérsias, com o reconhecimento social acerca da importância do uso de novas tecnologias para a promoção da paz. Este instrumento é mais eficaz, rápido, democrático, e pode fortalecer as relações humanas.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica, com revisão de literatura de artigos científicos e livros, cujos autores escreveram acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação online. O trabalho teve duração de seis meses.

O método utilizado no presente trabalho é o de pesquisa qualitativa de revisão de literatura. Na pesquisa qualitativa, diferentemente da quantitativa, o pesquisador não utiliza a literatura existente sobre o assunto objetivando a formulação de hipóteses, ou seja, para simplesmente testá-las, mas usa *insights* e informações como conhecimento sobre o contexto, e analisa as afirmações e observações do tema de pesquisa (FLICK, 2009, p.62).

A viabilidade da Mediação Online

A partir da Carta Magna de 1988, com a democratização do Brasil, surgiram novos direitos, todavia, nem todos com meios visíveis de garantia, contribuindo para a crescente demanda do judiciário, com conflitos relacionados à formulação e executividade de políticas públicas (REIS, 2017, p.222).

Concorreu também no aumento de reclamações ao Poder Judiciário, o fenômeno inflacionário, quando foram editados planos e pacotes econômicos pelo

Estado. Possibilitou o aumento da conscientização do povo com relação aos direitos e garantias e, conseqüentemente favoreceu a ida ao Judiciário objetivando a reparação de prejuízos provocados pelo poder público (REIS, 2017, p.222).

De acordo com Nobre, o quantitativo de processos no Judiciário cresce progressivamente, comprovando que os meios alternativos para resolução de conflitos são ineficazes (NOBRE, 2017, p.259).

Para Reis, a cultura que reina no Judiciário é a do litígio, voltada basicamente ao contencioso. Denota que tal situação é fruto da tendência dos cursos jurídicos brasileiros que prepararam os profissionais do Direito para o litigioso, provocando grande volume de processos judiciais (REIS, 2017, p.223).

O Brasil é um dos recordistas do mundo no quesito quantidade de Faculdades de Direito, e nas últimas décadas teve um aumento assustador. Embora, nos exames da Ordem vigorem baixos índices de aprovação (REIS, 2017, p.223).

Reis afirma que para resolver os conflitos não é preciso buscar o Judiciário como o caminho natural (REIS, 2017, p.225).

Nos últimos anos foram desenvolvidos diversos estudos sobre técnicas para que as pessoas aprendam a solucionar seus contenciosos, incluindo uma disciplina na área de administração empresarial, para estudar a administração dos conflitos (NOBRE, 2017, p.260).

Somente os sem razoabilidade e que calculam a conveniência financeira da postergação de obrigações contratuais esperam muitos anos para que a sentença obrigue a honrar seus compromissos, têm interesse na morosidade do Poder Judiciário. Permitem o aumento brutal de custos dos investimentos no Brasil, o conhecido “custo Brasil” (REIS, 2017, p.225).

Com os métodos auto compositivos de solução de controvérsias, o conciliador ou o mediador, especificamente este, coloca as partes discordantes, face a face, mediando o diálogo para encontrar o que há em comum em suas contendas e não olhem somente para as diferenças, ou seja, as desigualdades. De forma que o problema seja examinado com a maior isenção pela terceira parte (NOBRE, 2017, p.259).

Controvérsias surgem notadamente nas áreas de telefonia, serviços bancários, previdenciários, de energia, contratos imobiliários, previdência social e dentre outros, com o aumento do consumo, com a expansão dos serviços e com a intensa urbanização (REIS, 2017, p.222).

No Brasil a geração de novas controvérsias ocorre também pelo país ser um dos campeões na edição de atos normativos, que muitas vezes são antagônicos, contraditórios e favorecem a divergência de interpretação (REIS, 2017, p.223).

A crise desperta o melhor das pessoas, como exemplo, Nobre cita a crise da água, que recentemente provocou mudanças de pensamento e atitude sobre o consumo deste bem essencial à vida. Comunidades se organizaram, lutando no momento de necessidade e conscientização (NOBRE, 2017, p.258).

O profissional do Direito deve ser preparado por cursos jurídicos atualizados, de maneira estruturada, para favorecer a prevenção de conflitos, não apenas o enfrentamento do litígio judicial (REIS, 2017, p.225).

Por outro lado, o mesmo autor, transcrevendo parte da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) destaca que compete ao Judiciário o estabelecimento de políticas públicas que tratem adequadamente os problemas jurídicos e contendas de interesse nacional. São de responsabilidade do Estado-Juiz, que organiza tanto a prestação de serviços nos processos judiciais, quanto outros meios de solução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação (REIS, 2017, p.229).

Nobre frisa a importância do definido na Lei 13.140/2015, especificamente no seu artigo 9º, o qual afirma que qualquer pessoa capaz poderá atuar como mediador extrajudicial, bastando que tenha a confiança dos conflitantes e seja capacitado para mediar, não é preciso ser integrante de conselho, entidade de classe ou qualquer associação (NOBRE, 2017, p.261).

O mediador tem a tarefa de clarear os motivos reais da disputa e as possíveis soluções, considerando o grau de conflitualidade entre as partes, sempre pautado pela civilidade e respeito recíprocos, no qual cada parte tenha o discernimento de seu interesse e desejo de momento. Tarefa que dificilmente seria assumida pelo magistrado num processo judicial (REIS, 2017, p.227).

Neste sentido, é lógica a promoção do encontro entre a tecnologia e a necessidade de resolução de conflitos para a promoção da paz nos ambientes micro e macro da sociedade (NOBRE, 2017, p.261).

Para que a distribuição da justiça seja eficiente e saudável é necessário disseminar a negociação, a mediação e a arbitragem como outras formas

de resolução de conflitos. Devem ser as iniciais e mais adequadas, precedem a criação do Estado (REIS, 2017, p.225).

Atendendo ao princípio da legalidade, consta no artigo 46 da Lei de Mediação, desde que as partes acordem, que a mediação poderá ser realizada pela internet ou qualquer meio de comunicação que transacione à distância (NOBRE, 2017, p.261).

Segundo Nobre, essa forma de resolução é um grande avanço nos conflitos online, consta no artigo 46 da Lei 13.140/2015, e deixa evidente que qualquer forma (videoconferência, Messenger, Facebook, WhatsApp, Skype) que favoreça a comunicação entre as partes, poderá ser utilizada, independentemente de onde as partes estiverem (NOBRE, 2017, p.261).

Não há dúvidas de que não existe impedimento em lei para a realização da mediação de forma eletrônica, desde que aceita pelas partes (NOBRE, 2017, p.263).

Na atualidade, a interação da comunidade de Direito com as inovações tecnológicas proporciona uma produção célere, com menos custos e mais ganho, pela multiplicação espetacular das formas de acesso à informação. Justifica a previsibilidade da permissão da transação à distância na mediação (REIS, 2017, p.234).

Os aspectos que conceituam o Dispute System Design (DSD) foram modificados pelas novas tecnologias, quebrando categorias estagnadas e imutáveis que poderiam ser consideradas ou não como Resolução Alternativa de Litígios (ADR). Está ocorrendo a alteração dos obstáculos desenvolvidos no contexto do DSD, como as diferenciações tradicionais entre o que é formal e informal e a revisão do que é resolução e o que é prevenção de conflitos. A tecnologia é introduzida como a quarta parte neste processo de decisão, considerada como a principal alteração. Nas negociações realizadas de forma automática, a terceira parte, constituída pelo ser humano conciliador, mediador ou árbitro, poderá ser substituída pelos meios de tecnologia. Assim o DSD tem um papel relevante, pois a inteligência artificial deverá ser considerada quando incorporada à resolução de litígios, elemento importante que trará consequências para o Direito nacional e internacional (AMORIM, 2017, p.532).

Uma excelente expectativa é que a utilização dos meios audiovisuais possa proporcionar a mediação nas pequenas comarcas, quando não existirem

profissionais treinados e capacitados tecnicamente para auxiliar os magistrados na resolução dos conflitos (NOBRE, 2017, p.262).

O trabalho dos servidores é aproveitado de forma mais eficiente, com lista de expedientes e pequenos atos processuais eliminados, e supressão das audiências de conciliação em virtude das soluções em ODR. Há a redução do elevado número de potenciais processos, vantagens adicionais para o Poder Judiciário (LIMA; FEITOSA, 2016, p.64).

É importante ressaltar que o instituto da mediação pressupõe a paridade de armas, por isso prosperará somente em ambientes que tenham razoabilidade de igualdade socioeconômica e intelectual, com a manutenção do equilíbrio da situação (REIS, 2017, p.237).

A arbitragem, a mediação, a conciliação ou a negociação estão dentre os procedimentos que podem aceitar o modelo da ODRs, são parcialmente ou totalmente intermediados por ferramentas automatizadas. Começam e encerram no ambiente virtual, sem a necessidade de etapa presencial ou forense (LIMA; FEITOSA, 2016, p.54).

Neste sentido, Nobre cita o enunciado 70 da I Jornada de Soluções Extrajudiciais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que é preciso buscar a valorização e a aceitação dos acordos originários dos meios digitais, atuando de forma receptiva e equilibrada, quando houver questionamento sobre a juridicidade de decisões tomadas pelos meios de resolução de controvérsias online (NOBRE, 2017, p.263).

Infelizmente o enunciado citado denota um questionamento, por ser recente a utilização das novas tecnologias, principalmente quando um dos litigantes se arrepende da negociação realizada em meio virtual e utiliza do judiciário, pede revisão argumentando que as tratativas ocorreram por meios tecnológicos (NOBRE, 2017, p.263).

Para impedir que isso ocorra, é proposta por este enunciado uma postura receptiva do juiz frente ao uso de novas tecnologias (NOBRE, 2017, p.263).

Por conseguinte, acompanhando a era tecnológica, a Emenda nº 02/2016 do CNJ criou um sistema de mediação à distância (digital), propiciando acesso mais fácil à justiça, gratuitamente, para favorecer a mediação entre as partes legalmente constituídas, inclusive com possibilidade de homologação pelo juiz (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.10).

A finalidade primeira da mencionada emenda do CNJ é permitir o acesso à justiça, visando possibilitar de forma ampla a utilização de sistemas de internet que são acessados independentemente de lugar e tempo (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.10).

Para Nobre, a maior preocupação ao idealizar a mediação por meios digitais era a resistência que poderia vir do Judiciário, onde as mudanças ocorrem lentamente, pois é um poder tradicional que presa pela estabilidade histórica, evitando que avanços não amadurecidos pela sociedade sejam aplicados na justiça (NOBRE, 2017, p.264).

Com o intuito de quebrar tal resistência, foi criada uma conjuntura propícia ao aparecimento dos modelos dos Métodos de Solução de Conflitos em Rede, a realização de propagandas das novas formas de comunicação. Somente em 2016, no Brasil, o conceito ganhou visibilidade como meio não só de ampliação e democratização da adoção desses métodos de solução de conflitos, mas também da união às ações de virtualizar o Judiciário (LIMA; FEITOSA, 2016, p.54).

Segundo Amorim, o surgimento dos modos de Resolução Online de Conflitos (ODR) vincula-se intimamente ao desenvolvimento das formas de Resolução Alternativa de Controvérsias (ADR). Inicialmente, evocava diversas oportunidades nesses ambientes e era uma potência do ponto de vista econômico, com perspectiva de geração de inúmeros conflitos. Porém, reconhecia as várias possibilidades desses ambientes, e existia certa desconfiança sobre o uso dessas tecnologias na área da informação e comunicação para a resolução de controvérsias. Principalmente porque os meios tradicionais eram caracterizados pela comunicação F2F (face a face), e as trocas de informações não estavam favorecidas pelos recursos de tecnologia, mesmo com suas potencialidades (AMORIM, 2017, p.516).

O mesmo autor comenta que uma afirmação é meia-verdade, de que não prosperariam, especialmente no Brasil, os meios de Resolução Alternativa de Litígios (ADR), já que tradicionalmente o continente Latino Americano submete seus litígios ao Judiciário (AMORIM, 2017, p.527).

Enquanto Reis afirma que ainda que a legislação brasileira não considere a mediação como uma etapa obrigatória antes de ir ao Poder Judiciário, por um dos seus traços marcantes ser a voluntariedade, reduz de forma significativa os litígios com a propagação desse meio de resolução (REIS, 2017, p.229).

Por outro lado, Lima e Feitosa asseveram que o uso da tecnologia como quarta parte não é eficaz, ante a ausência de contato das partes, visto o isolamento uns dos outros, inclusive do terceiro imparcial (LIMA; FEITOSA, 2016, p.63).

Amorim afirma que a existência de algumas atividades profissionais sempre foi checada pelo caráter separativo das tecnologias, e não seria diferente com os especialistas em DSD. Pode acontecer, inclusive, dos sistemas de solução de conflitos dispensarem a intermediação humana, como ocorre nas negociações automatizadas (AMORIM, 2017, p.531).

Como benefícios da utilização dos meios digitais, destacam-se a diversidade de tempo e espaço, permitindo com que o Judiciário possa resolver os litígios jurisdicionais de forma célere e eficiente (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.11).

Todavia, um grande empecilho destacado por Amorim que justifica a resistência da adesão aos meios tecnológicos na resolução automática de conflitos, é o receio da troca do homem pela máquina. Situação que não é recente, haja vista ser assunto constante em obras de ficção científica literária e da indústria cinematográfica. Porém, vale discutir até que ponto esse medo pode ser contestável e como a inteligência artificial pode ser utilizada como meio de solução de conflitos, constituindo avanço necessário para os sistemas de ODR (AMORIM, 2017, p.532).

Além desta resistência, há dificuldade enfrentada pelos ODR no Brasil, qual seja, as taxas de desigualdade social, que são elevadas, uma vez que 50% da população não possui acesso à internet e parte significativa desse público vive na zona rural. Entretanto, a questão da deficiência tecnológica poderá ser resolvida com a expansão do uso dos dispositivos móveis (LIMA; FEITOSA, 2016, p.65).

É possível adotar ferramentas variadas para tratar da negociação e da mediação de forma online por meio de softwares com níveis diferenciados de automação. Na negociação de contendas que envolvem valores monetários, por exemplo, não há qualquer intervenção humana, funciona de forma automatizada, posto que o objetivo principal é a obtenção de acordo para o pagamento de valor (LIMA; FEITOSA, 2016, p.64).

Amorim afirma que os meios de ODR não são mencionados pela legislação brasileira. Contudo, destaca o desenvolvimento de experiências

importantes como a plataforma Consumidor.gov.br, que tem possibilitado índices razoáveis de resolução de conflitos (AMORIM, 2017, p.529).

A plataforma iniciou o funcionamento em maio de 2014, com a finalidade de promoção da resolução alternativa de conflitos dos consumidores que transacionaram via internet, buscando o diálogo entre as partes. Por ser uma plataforma de iniciativa do Estado, considera-se, por isso, um privilégio. Podem participar as empresas que de forma voluntária se associam, comprometem-se através da assinatura de um termo a proporcionar uma solução para a contenda no prazo de até dez dias (AMORIM, 2017, p.529).

As principais vantagens do uso das ODR são a economia financeira e de tempo, a utilidade do procedimento, os proveitos em comparação ao litígio e a autoridade das partes sobre o resultado. As dificuldades são a falta de contato entre os envolvidos (F2F), e as questões tecnológicas e jurídicas geradas pela falta de previsão legal que regulam as soluções em ODR. Contudo, as dificuldades podem ser superadas ou mimetizadas com a prática e a absorção de experiências, tecnologias e regulação de normas (LIMA; FEITOSA, 2016, p.64).

Pela Mediação Digital, o diálogo é livre, as partes analisam as propostas ofertadas e buscam uma solução que poderá ser homologada em juízo, sem necessidade de deslocamento, partindo apenas do uso de um computador com acesso à internet, por intermédio do site www.cnj.jus.br/mediacaodigital/ (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.12).

Após essa fase, caso as partes não logrem êxito nas tratativas e achem necessário, poderão agendar uma mediação presencial, que acontecerá nos Cejusc's (Centros Judiciários de Conciliação) (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.12).

Também como vantagem da utilização da Resolução Alternativa de Litígios, especificamente com relação ao uso dos recursos tecnológicos, há o sigilo do processo, com acesso imediato às mensagens trocadas entre as três pessoas envolvidas (partes e conciliador ou mediador ou árbitro). Naqueles em que a questão emocional é pouco significativa, o sacrifício do sigilo é superado frente às vantagens do uso dos recursos digitais (AMORIM, 2017, p.532).

A troca de mensagem assíncrona é considerada vantajosa, pois há possibilidade de as partes pensarem mais cuidadosamente o texto enviado,

proporcionando, inclusive, a autoanálise das emoções que estimularam o conflito (LIMA; FEITOSA, 2016, p.65).

Na economia financeira, os meios de ODR favorecem custo inferior aos das soluções tradicionais de controvérsias, pois são mais informais e o acesso ocorre em qualquer lugar, inclusive em comarcas distintas, economizam valor de passagens para participar de audiências de mediações. Há inclusive economia de tempo, visto que não dependem dos horários de funcionamento da jurisdição (LIMA; FEITOSA, 2016, p.64).

Reconhecem algumas desvantagens, como a ausência de contato entre as partes de identificação da comunicação não verbal e das expressões corporais. Tais desvantagens podem ser minimizadas com a utilização de um recurso tecnológico, qual seja, a videoconferência (LIMA; FEITOSA, 2016, p.64).

Como pontos negativos do uso da plataforma digital, há a desigualdade dos usuários, principalmente no que diz respeito à falta da inscrição do Cadastro de Pessoa Física. E a necessidade de selecionar o gênero, não permitindo a utilização de identidade de gênero, como previsto no Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016 (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.13).

Contudo, para que seja alcançado o potencial máximo das ferramentas de ODR, é preciso superar a falta de contato face a face, tal situação dificulta a compreensão de sentimentos fundamentais aos MASCs (LIMA; FEITOSA, 2016, p.67).

Com relação ao caso brasileiro, que tradicionalmente enfrentou fortes resistências ao uso das RAD, houve mudança significativa na forma como os profissionais do Direito lidam com esses meios de resolução de conflitos, principalmente após a conciliação, a mediação e a arbitragem mostrarem-se como formas eficazes na redução do quantitativo de processos judiciais (AMORIM, 2017, p.527).

Como barreira para o crescimento dos ADR no Brasil, aponta-se as contendas que envolvem a Administração Pública e os cidadãos, que representam boa parte dos processos tramitados no Poder Judiciário (AMORIM, 2017, p.528).

A principal temática envolvendo os atores é a prestação do serviço de saúde, apresentando crescimento significativo nos últimos dez anos, resultando numa constante preocupação dos agentes públicos e cidadãos (AMORIM, 2017, p.528).

Há também a limitação da aplicação da Mediação Online através da plataforma, que na sua fase pré-processual, fica restrita às ações envolvendo questões nas áreas de seguridade, de execuções fiscais e de relações de consumo, existindo entre as partes, a pessoa física e a pessoa jurídica ou a administração pública. (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.13).

Para tornar mais célere e eficaz a resolução dos litígios, possibilitando um acesso mais ágil à justiça, e para que os direitos fundamentais da população sejam respeitados, é necessário que a plataforma online não atenda somente litígios originados das relações de consumo e aqueles que envolvem os cidadãos e a Administração Pública (AMORIM, 2017, p.529).

Assunto este reforçado por Lima e Feitosa, que afirmam que houve o avanço do uso das ODR no setor privado, enquanto o setor público é carente desta ferramenta, por ser precedido de procedimentos mais rígidos e limitados quando se referem ao tratamento de conflitos. O avanço de políticas de governo contribuirá para a redução desta dificuldade (LIMA; FEITOSA, 2016, p.68).

A ODR é uma potência para modificar e renovar os meios tradicionais de resolução de litígios judiciais ou extrajudiciais. Há dominância das vantagens às dificuldades, não só considerando a superioridade daquelas, mas de maneira principal pela perspectiva de mitigação ou superação das dificuldades. Poderão surgir outras vantagens e dificuldades durante a evolução das ODR, uma vez que esse conceito é recente e está em formação (LIMA; FEITOSA, 2016, p.66).

Denota-se a relevância do uso da cibercultura, favorecida pela virtualidade real como meio de solução de litígios, com o uso da Mediação Online. Baseando-se num momento da história em que a sociedade está literalmente conectada, isto permite facilidade de acesso aos meios de informação, processamento e geração de novos conhecimentos (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.10).

Ainda que a inteligência artificial não represente o que se imaginou dela pela literatura e pela indústria cinematográfica, sua utilização não decorre de ficção científica. O Direito precisa responder sobre o aparecimento de implicações de maneira ética e jurídica (AMORIM, 2017, p.534).

Contudo, não se pode afirmar que as medidas aplicadas nas relações de consumo serão estendidas às demais relações jurídicas. Há uma lacuna sem

garantias que, economicamente, seja a forma mais adequada para resolver algumas disputas (AMORIM, 2017, p.536).

É inquestionável a importância de realizar pesquisas e estudos englobando métodos alternativos de litígios, notadamente da mediação online, buscando a paz social e a efetivação de acordos conquistados através do diálogo (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.3).

Nobre conclui que a mediação é uma forma moderna, eficaz, benéfica e fortalecedora das relações sociais infringidas por conflitos. Completa que a Mediação eletrônica resolve de maneira menos traumática as discordâncias, garantindo a aproximação das pessoas, de forma mais rápida, eficaz e democrática (NOBRE, 2017, p.264).

Por fim, a Mediação Digital viabiliza o acesso de forma rápida, independente do lugar e tempo, ao Judiciário. Torna-se verdadeira garantia de direitos e revolução da sociedade pela utilização da tecnologia (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p.14).

Considerações Finais.

O presente trabalho analisou a viabilidade da mediação online e enumerou diversas vantagens e desvantagens de sua utilização como alternativa de resolução de conflitos. Dentre as principais vantagens há a redução do número de processos na justiça tradicional, e a celeridade e eficiência dos meios alternativos de resolução de conflitos online.

Para que haja o acompanhamento da era tecnológica pelos meios de resolução de conflitos frente à atual conectividade da sociedade, é viável a mediação online. Pois é uma ferramenta mais eficaz e célere que permite ao Judiciário estar antenado às revoluções da tecnologia processual.

O Objetivo Geral deste trabalho foi analisar a viabilidade da mediação online. Portanto, demonstrou os ganhos obtidos com o uso dessa forma inovadora de solução de conflitos. Analisou as vantagens e desvantagens da mediação online, diferenciando a mediação presencial da efetuada de forma digital e listou

soluções para quebrar as barreiras que impedem a aplicação dessa modalidade de resolução de conflitos.

Essa pesquisa permitiu a quebra de paradigmas, visto que realçou a importância da utilização da mediação digital como uma forma alternativa e primeira de resolução de conflitos, contribuindo para a valorização e virtualização dos meios de resolução de contendas, principalmente aquelas que acompanham o avanço da sociedade e possibilitam a promoção da paz social, com o fortalecimento das relações humanas.

As desvantagens elencadas não superam as vantagens da economia financeira e de tempo. Há maior controle dos litigantes sobre o resultado e a tomada de decisão, a segurança, a eficácia e a celeridade da mediação online. Com isso, despertou o sentimento de respeito às relações humanas e o crescimento da sociedade em relação ao mundo tecnológico.

Referências

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017.

BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16.03.2015. Novo Código de Processo Civil. DOU de 17.03.2015.

BRASIL. LEI Nº 13.140, de 26.06.2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. DOU de 29.06.2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO Nº 125, de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Origem: Presidência.

FLICK, Uwe. **Introdução a Pesquisa Qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: ARTMED Editora S.A. 2009.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito, Santa Cruz do Sul**. v. 3, n. 50, set. 2016.

NOBRE, Marcelo. Novas considerações sobre a mediação ON-LINE. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira, SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. Rev. e atual. [2. Reimpr.] São Paulo: Atlas, 2017.

REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos para o judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira, SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. Rev. e atual. [2. Reimpr.] São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, Alexsandra Gato; LORENZI, Bianca Cassiana; ROSA, Felipe Luiz da. Mediação Digital: A sociedade moderna a um clique da justiça. **4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Edição 2017.



**Revista Processus de Estudos de Gestão,
Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

DIREITO À VIDA: A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ABORTO E O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE RONALD DWORKIN¹

Right to life: relativizing abortion crime and Ronald Dworkin's constitutional focus

*Ingrid de Sousa Andrade¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Caroline Pereira Gurgel³*

Resumo

O presente artigo aborda a discussão sobre o direito à vida: a relativização do crime de aborto e o enfoque constitucional de Ronald Dworkin. Considerando as crenças sociais, bem como os valores atribuídos moralmente acerca do tema, levantou-se o seguinte questionamento: como o enfoque constitucional de Dworkin pode justificar a relativização do crime de aborto? Nessa perspectiva, cogitaram-se as seguintes hipóteses: “pensamento derivativo e independente” e “a interpretação constitucional

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Processus; Pós-graduada em Gestão Educacional; Pedagoga Licenciada pela Universidade de Brasília; Servidora pública, ocupante do cargo de Técnica em Assuntos Educacionais da Fundação Universidade de Brasília.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Facesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

³ Monitora da disciplina de TCC II; Graduanda em Direito.

e as dimensões da adequação e da justiça com base em Dworkin”. A partir dessas questões, este trabalho teve como objetivo geral analisar a relativização do crime de aborto e, como objetivos específicos, compreender juridicamente o conceito do direito fundamental à vida, identificar por meio da jurisprudência e do ordenamento jurídico brasileiro quais as circunstâncias que permitem a prática do aborto e debater as mudanças valorativas na sociedade que determinam as alterações legislativas e jurisprudenciais a respeito do tema. Pode-se dizer que o aborto vem sendo reconhecido como um problema de saúde pública, sendo parte de uma realidade social, uma vez que milhares de mulheres em situações de risco, expostas às mais variáveis consequências físicas e psicológicas, abortam no Brasil. Este trabalho é de suma importância devido a uma perspectiva individual e coletiva, na medida em que aborda a discussão principal da prática do aborto frente o estudo das leis, dos dogmas, das controvérsias de nossa sociedade, do direito fundamental à vida e dos desdobramentos dessa conduta para o direito e os dias atuais. A pesquisa caracteriza-se como qualitativa teórica desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: 1. Aborto 2. Pensamento independente 3. Pensamento derivativo 4. Direitos sexuais e reprodutivos 5. Liberdade.

Abstract

This article discusses the discussion on the right to life: the relativization of abortion crime and the constitutional approach of Ronald Dworkin. Considering the social beliefs, as well as the morally attributed values on the subject, the following question was raised: How can Dworkin's constitutional approach justify the relativization of abortion crime? From this perspective, the following hypotheses were considered: “derivative and independent thinking” and “the constitutional interpretation and dimensions of adequacy and justice based on Dworkin”. Based on these questions, this paper aimed to analyze the relativization of abortion crime and, as specific objectives, to legally understand the concept of the fundamental right to life, to identify, through Brazilian jurisprudence and legal order, the circumstances that allow the practice of abortion. abortion and discuss the value changes in society that determine the legislative and jurisprudential changes on the subject. It can be said that abortion has been recognized as a public health problem and is part of a social reality, since thousands of women at risk, exposed to the most variable physical and psychological consequences, abort in Brazil. This work is extremely important due to an individual and collective perspective, as it addresses the main discussion of the practice of abortion against the study of the laws, dogmas, controversies of our society, the fundamental right to life and the consequences of this. Conduct to the law and the present day. The research is characterized as theoretical qualitative developed through bibliographic research.

Keywords: 1. Abortion 2. Independent thinking 3. Derivative thinking 4. Sexual and reproductive rights 5. Freedom.

INTRODUÇÃO

A delimitação do ponto a partir do qual a vida tem seu início transcende a esfera jurídica e tem espaço nos campos como o biológico, o sociológico e o religioso, de tal modo a justificar a ideia de relativização. Nesse contexto, a temática do aborto surge como um eventual problema. Assim, passa-se a classificar, sob aspectos jurídicos e sociais, as hipóteses do crime de aborto, a luz da legislação brasileira, bem como as circunstâncias que permitam a sua prática sem constituição de crime, conforme previsto no Código Penal brasileiro e jurisprudência da Suprema Corte.

Ronald Dworkin questiona em *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* a existência ou não de direitos individuais inerentes ao feto. Para ele, existem dois argumentos básicos que servem como parâmetro de posicionamentos contrários ao aborto. Aqueles que acreditam na existência dos direitos individuais dos nascituros possuem um pensamento que o autor denomina “derivativo”. Por outro lado, aqueles que compreendem o direito à vida como inviolável e de valor intrínseco são os que possuem o pensamento “independente”. (DWORKIN, 2003, p.13).

Nesse sentido, este estudo se propõe a responder ao seguinte questionamento: como o enfoque constitucional de Ronald Dworkin pode justificar a relativização do crime de aborto? Desta maneira, com base nos pensamentos derivativo e independente, são apresentados os argumentos contraditórios da sociedade e a viabilização do debate sobre a interferência estatal ou não diante das escolhas individuais.

A prática do aborto tipificada pelo Código Penal brasileiro entre os artigos 124 e 128 trata-se, especificamente, de um crime contra a vida. No entanto, é discutível, a nível mundial, a questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferida ao aborto, despertando polêmicas intensas e até passionais, pondo em campos opostos os defensores do direito à escolha da mulher e os que pugnam pelo direito à vida do nascituro. (BRASIL, 1940).

Dessa forma, as hipóteses que levantam frente ao problema em questão se traduzem em “pensamento derivativo e independente” e “a interpretação constitucional e as dimensões da adequação e da justiça”. (DWORKIN, 2003, p.13).

A constituição deve ser interpretada com base em duas dimensões principais, quais sejam, da adequação e da justiça. Tal análise refere-se em conceber o processo interpretativo do direito e sua aplicação nas decisões judiciais, de maneira que o sistema judiciário possa oferecer uma resposta justa e legítima às lides, utilizando em sua melhor luz as leis e os princípios que permeiam uma comunidade de direito. (DWORKIN, 2003, p. 81.)

Este estudo apresenta como objetivo geral analisar a relativização do crime de aborto e o enfoque constitucional de Ronald Dworkin. Para o referido jurista, a interpretação construtiva acerca de tal análise poderá garantir para um determinado caso uma solução mais justa, na medida em que a centralidade dos direitos fundamentais deve agir como condição possibilitadora da liberdade e democracia.

Os objetivos específicos se traduzem em compreender juridicamente o conceito do direito fundamental à vida, identificar por meio da jurisprudência e do ordenamento jurídico brasileiro, quais as circunstâncias que permitem a prática do aborto e debater sobre as mudanças valorativas na sociedade que determinam as alterações legislativas e jurisprudenciais a respeito do tema.

Dworkin analisa que o direito à vida, como uma garantia constitucional, deverá ser pautado a partir do momento em que o sujeito adquire a consciência de si e de sua existência. No entanto, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, o crime de aborto está tipificado nos artigos 124, 125, 127 e 128 do Código Penal, tendo como pressupostos a discussão sobre a violação dos direitos das mulheres, ao cercear a sua liberdade de disposição do próprio corpo, e as mudanças valorativas que precisam ser estabelecidas por parte do Estado que abarca o papel significativo de garantir, primordialmente aos seus cidadãos, o direito a uma vida digna.

Dessa forma, a principal contribuição dessa pesquisa se traduz amplamente em discutir a temática do aborto sob uma perspectiva teórica e reflexiva, de modo a apresentar os caminhos que levam a uma polêmica pauta de debates, sobretudo, a partir da obra o domínio da vida do jurista norte-americano Ronald Dworkin.

A criminalização do aborto tem produzido como principal consequência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres em idade fértil,

sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser evitados por meio de uma política pública mais racional. Dessa forma, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de milhares de mulheres.

Ademais, atualmente não há como pensar no tema da interrupção da gravidez sem considerar o direito à autonomia reprodutiva da mulher, pois embora essa autonomia não seja absoluta, não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para a problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica.

Dessa forma, a revisão da legislação sobre aborto, elaborada sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher, muito mais do que uma mera opção política do legislador, passa a torna-se um verdadeiro imperativo constitucional.

Como método para este trabalho, será utilizado o qualitativo, baseando-se em doutrinadores, jurisprudência e na legislação relevante que abrange os aspectos do tema. Serão feitas pesquisas em diversos livros de distintos autores, em bibliotecas e acervo eletrônico, em especial, artigos científicos e decisões judiciais com relevante repercussão na área jurídica. Como principal fonte desse artigo, serão apontadas a doutrina, jurisprudência e legislação específica que aborde o assunto. (GONÇALVES, 2019, p. 43)

Por fim, este trabalho será fundamentado em uma pesquisa bibliográfica com revisão norteada no tema da relativização do crime de aborto, visando demonstrar os aspectos e fundamentos constitucionais de vários autores, em especial, de Ronald Dworkin, sendo este um expoente acerca da relevância do tema.

DIREITO À VIDA: A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ABORTO E O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin questiona em *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais* a existência ou não de direitos inerentes ao feto. Para ele, existem dois argumentos básicos que servem como parâmetro de posicionamentos contrários ao aborto. Aqueles que acreditam na existência dos direitos individuais dos nascituros possuem um pensamento que o autor denomina como “derivativo” e

aqueles que compreendem o direito à vida como inviolável e de valor intrínseco são os que possuem o pensamento “independente”. (DWORKIN, 2003, p.13)

O autor critica as posições mais conservadoras, pois demonstra que poucos acreditam que o feto seja uma pessoa com direitos e interesses, ou seja, ele deixa claro que a maior parte das pessoas pensa de forma independente. Nessa linha de entendimento, o aborto seria errado por desconsiderar e insultar o valor intrínseco e sagrado de qualquer estágio ou forma de vida humana. Dessa forma, tal objeção é chamada de independente, precisamente por não depender de nenhum interesse ou direito em particular, admitindo que a vida seja inviolável.

Essas duas objeções podem ser problematizadas nos seguintes termos: começando-se com a segunda objeção, a dificuldade inicial em aceitá-la reside no próprio radicalismo do seu argumento, a tal ponto que levantamento estatístico mostrado pelo autor revela que, nos Estados Unidos, apenas 10% dos entrevistados em pesquisa Time/CNN, realizada em agosto de 1992, disseram que o aborto deve ser ilegal em qualquer circunstância. Com efeito, caso se considere o contexto brasileiro, tal argumento é ainda mais restritivo e politicamente conservador que a própria legislação penal sobre o tema, vez que esta ainda permite casos de aborto em algumas situações, tais como risco de vida para a mãe ou gravidez que tenha sido fruto de estupro. (DWORKIN, 2003, p.16).

Ainda nessa linha de raciocínio, se toda vida humana, inclusive aquela de quem virá a se tornar um ser humano, é incondicionalmente intocável, institutos como o da legítima defesa, por exemplo, acarretariam uma contradição lógica na medida em que não se pode tirar a vida de outrem para a promoção da própria defesa, vez que esta é sagrada.

Por essas razões, resulta mais proveitosa a discussão a respeito da primeira objeção, inclusive por ser ela a que, majoritariamente, é levada em consideração ao tratar do aborto e os direitos e interesses envolvidos na sua regulamentação, proibição ou permissão.

Segundo Dworkin, o aspecto fundamental a ser considerado neste caso, deve adentrar ao mérito da existência ou não de alguma forma de consciência, no sentido de algum tipo de vida mental e de vida física, o que prevalece como discussão em sua obra por meio de dados mais concretos.

Para Dworkin, a Constituição está estruturada, fundamentalmente, em princípios e não em regras precisas e textualmente exaustivas, como também é o

caso da Constituição brasileira (quando trata-se dos direitos individuais, coletivos, difusos, políticos, culturais e econômicos, por exemplo), embora esta também possua regras. Ocorre que, ao se tratar de princípios, a precisão dos termos da lei que informam seu conteúdo deve ceder espaço às concepções valorativas que apontem as razões dos princípios para cada caso específico.

Nos termos de Dworkin, qualquer interpretação da Constituição deve ser procedida e testada com base em duas dimensões principais: a primeira delas é a da adequação, segundo a qual uma dada interpretação constitucional deve ser rejeitada se as práticas jurídicas concretas forem totalmente incompatíveis com os princípios jurídicos que tal interpretação recomenda. Isto equivale dizer que o ponto de apoio da correta interpretação deve estar fundado na prática jurídica real. A segunda dimensão corresponde a da justiça: fato este quando duas concepções diferentes sobre a melhor interpretação de certo dispositivo constitucional passarem no teste de adequação, já mencionado, deve-se dar preferência àqueles cujos princípios parecem refletir melhor os direitos e deveres morais das pessoas, pois a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratos, os quais cada geração deve interpretar por si mesma, independentemente da vontade originária e descontextualizada de cada legislador constituinte. (DWORKIN, 2003, p.11).

Por essa razão, expressões tais como "liberdade", "crueldade", "autodeterminação" ou "igualdade", consideradas em abstrato, tornam-se por demais amplas. Quando estas expressões se consideram no seu sentido literal, segundo Dworkin, assumem o papel de que o governo trate a todos os que se encontram sob o seu domínio, com igual consideração e respeito, o que equivale a não infringir as suas liberdades mais básicas.

Assim, a vida humana deve ser protegida constitucionalmente como direito fundamental, mas, de igual forma, os direitos e garantias constitucionais dentro de uma visão estrutural e pragmática, devem proteger o direito à autonomia procriadora como decorrência mais elementar dos direitos de liberdade.

Direito à vida e à dignidade humana

A legislação brasileira tutela a proteção desde o momento da concepção ao garantir os direitos do nascituro. No Código Civil brasileiro em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (BRASIL, 2002). A tutela a vida

se estende até a morte do indivíduo, que em regra deverá ocorrer por causas naturais, com a proibição da vingança privada, do aborto, da pena de morte, e da não permissão de realização de eutanásia.

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2016 publicou o Informativo 826 que trata do direito à saúde como um direito indissociável ao direito à vida, assegurando por meio de políticas públicas medidas para prevenção de doenças, recuperação da saúde, agravos e redução dos riscos de forma universal e igualitária.

O nascimento com vida também é a marca do início dos direitos das pessoas físicas, entretanto, observa-se que a lei também garante proteção ao nascituro e natimorto. Nascituro é o ser que foi concebido, mas que ainda não nasceu; já o natimorto é aquele que nasceu morto. O nascituro titulariza os direitos da personalidade e disciplina que esta proteção deve alcançar o natimorto, que passa também a ter direitos como nome, imagem e sepultura.

Nesse sentido, a Constituição Federal destaca o direito à vida, tendo o Estado os papéis de assegurar ao indivíduo o direito de continuar vivo e de se ter vida digna quanto à sua subsistência. (MORAES, 2000, p. 62).

O conceito constitucional de vida abrange tanto a vida das pessoas quanto a vida intrauterina, entretanto, há uma proteção diferente entre uma e outra, principalmente no que se refere a colisão de direitos, como os direitos da progenitora e a proteção dada a vida intrauterina, até porque alguns meios de proteção direcionados a vida humana, quando direcionada a vida intrauterina, podem ser inadequados ou excessivos. Observa-se que a proteção a vida humana intrauterina vai aumentando conforme evolui a gestação, o que pode ser observado, por exemplo, no Código Penal, nas penas previstas para o aborto, conforme poderão ser observadas na sequência deste estudo.

O direito à vida pode sofrer restrições no caso de colisão com outros direitos fundamentais, não se podendo afirmar a prevalência de um ou outro direito quando do conflito juridicamente tutelado. No caso de colisão de direitos fundamentais deve-se buscar a interpretação da norma, como no caso do próprio texto Constitucional em que há a previsão da pena de morte em casos de guerra declarada.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, o qual visa assegurar a todos os brasileiros o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, o desenvolvimento e a justiça, a fim de que se tenha uma sociedade

fraterna e justa. Estabelece em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida. O direito à vida, portanto, torna-se elementar, podendo ser considerado como o mais fundamental dentre os direitos fundamentais, isso porque sem ele não há como usufruir dos outros direitos.

Nesse sentido, ressaltam-se as contradições que podem ocorrer na proteção da mulher e no direito à vida do feto, o que por vezes leva a falta de garantias de tutelas de direitos como a autonomia reprodutiva, privacidade e igualdade de gênero da genitora, sopesando a proteção da vida embrionária. Os que defendem o direito à vida do embrião em todas as circunstâncias acabam por ignorar os aspectos atinentes à vida da mulher.

O direito à vida já é por si só um tema polêmico no mundo contemporâneo, pois qualquer iniciativa que vier a restringi-lo, poderá imediatamente tornar-se uma questão polêmica e controversa em sociedade. Basta analisarmos os temas que tratem sobre pena de morte, aborto e permissão da eutanásia para valorar a afirmação anterior. (BEDIN, 2002, p. 44).

Assim, o direito à vida possui uma íntima ligação com a dignidade, ou poderia dizer ainda, a plenitude da vida. Isto significa que não se trata apenas do direito de sobreviver, mas de viver dignamente. Dessa forma, o direito à vida pode não ter utilidade se o direito à liberdade não for assegurado a todos os cidadãos, visto que uma vida sem liberdade não é uma vida digna.

Como bem leciona Sarlet, o direito à vida abrange amplamente os conceitos de existência corporal, física e biológica, o que pressupõe a utilização de todos os direitos fundamentais. O que se refere aqui, portanto, à vida individual e não apenas à vida humana em geral. (SARLET, 2002, p. 158).

A concepção atual sobre os direitos humanos realça a dignidade como fundamento, tanto dos direitos humanos quanto do próprio sistema jurídico, sendo que todos os órgãos, funções e atividades estatais estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa, atribuindo-lhes um dever de respeito e proteção, o qual se exprime na obrigação estatal de proteção à dignidade humana.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu preâmbulo ênfase a proteção à dignidade da pessoa humana, considerando o reconhecimento da dignidade como inerente a todos os membros da família e dos direitos iguais e inalienáveis para a promoção da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

A dignidade da pessoa torna-se o direito fundamental mais fortemente marcado por uma visão ideológica e política, pois os preceitos da dignidade do ser humano perpassam os enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos e geram a dependência de uma situação global civilizacional e cultural de uma sociedade. (SARLET, 2002, p. 159).

Por isso, torna-se imprescindível dar tratamento adequado aos instrumentos de efetivação dos direitos que realmente garantem a dignidade da pessoa, cuja preocupação tem a ver com o ser humano no seu valor existencial e não no seu valor patrimonial, pois sem a dignidade o ser humano não vive, não convive e não sobrevive.

Aborto

Um dos crimes contra a vida previstos na legislação brasileira que gera uma quebra de paradigmas é o aborto. A prática do aborto tipificada pelo Código Penal brasileiro, entre os artigos 124 e 128, trata-se especificamente de um crime contra a vida.

Dessa forma, o aborto é conceituado como sendo a interrupção do processo de gravidez, havendo a eliminação da vida humana intrauterina, uma vez que já tendo iniciado o parto, trata-se de infanticídio ou homicídio. (CAPEZ, 2016, p. 236).

O significado de aborto se caracteriza por matar deliberadamente um embrião humano em formação. Nessa perspectiva, promove-se a discussão a partir da reflexão de dois pensamentos principais: o derivativo e o independente. O primeiro retrata as pessoas cujo entendimento é o de que o feto, desde a concepção, é um sujeito com direitos individuais e, dessa forma, ninguém poderia privá-lo do direito à vida. Por outro lado, o segundo trabalha o conceito de que a vida tem um valor sagrado, ou seja, é um direito fundamental que deve ser respeitado e inviolável. Dessa forma, ambos os pensamentos aparecem com o propósito de enfatizar as duas principais justificativas da sociedade para a não legalização da prática do aborto. (DWORKIN, 2003, p. 1).

Com base em tal teoria, leva-se em consideração a sensibilidade que o feto tem em sentir dor e prazer, mas discute-se, também, a contrariedade disposta no entendimento de que o feto teria seus próprios interesses antes de ter vida mental. (DWORKIN, 2003, p. 21)

Ademais, o feto possui consciência da sensação de dor quando a genitora já se encontra em um avançado estado de gravidez, pois anteriormente a isso o cérebro ainda não possui o desenvolvimento suficientemente completo. Para que haja de fato a sensação de dor, deve haver a conexão entre o tálamo e o neocórtex (em desenvolvimento) do feto, o que deve ocorrer após a metade da gestação. Além do mais, a atividade elétrica do cérebro que se dá no tronco cerebral do feto poderá permiti-lo movimentos reflexos, fato este que só ocorrerá por volta do sétimo mês de gestação. (DWORKIN, 2003, p. 21).

Assim, para que se tenha o direito à vida como uma garantia constitucional, deverá o sujeito ter consciência de si e de sua existência, como sentir prazer, emoções, afeições, ter esperanças e expectativas ou decepcionar-se. Não há uma estimativa precisa do momento em que estas capacidades começariam a se desenvolver no ser humano, mas estima-se que não aconteceria antes da trigésima semana de idade gestacional. (DWORKIN, 2003, p.21).

No entanto, as leis que proíbem o aborto, na maioria dos países ocidentais, inclusive no Brasil, não possuem justificativa satisfatória em nenhuma das formas de pensamento já apresentadas, de modo a se verificar pontos contraditórios a partir do que está previsto na legislação brasileira sobre o tema, por exemplo.

O crime de aborto, no Código Penal atual, está previsto no Título I, Capítulo I, Dos Crimes Contra a Vida, nos artigos 124, 125, 127 e 128 que tratam, respectivamente, do autoaborto, aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, forma qualificada do aborto e aborto necessário (consideradas exceções à criminalização do aborto).

O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento refere-se à prática em que a gestante provoca em si mesma ou consente para que outra pessoa nela provoque. A pena é de detenção de um a três anos e encontra-se disciplinado no art. 124 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

O aborto provocado por terceiro se dá quando há a provocação do aborto sem que haja consentimento da gestante. A pena é de reclusão de três a dez anos e encontra-se disciplinado no art. 125 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

O art. 126 do Código Penal trata da provação do aborto quando há o consentimento da gestante, sendo a pena de reclusão de um a quatro anos conforme previsto no parágrafo único do referido artigo. Trata-se da possibilidade de

aplicação da pena de reclusão de três a dez anos, nos casos em que a gestante é menor de quatorze anos, alienada ou débil mental ou se o consentimento dela houver sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940).

O artigo 127 do Código Penal trata-se da forma qualificada, em que há o aumento das penas supracitadas em um terço, nos casos em que por consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave. No caso do resultado morte, a pena é duplicada. (BRASIL, 1940).

O artigo 128 do Código Penal refere-se ao aborto praticado por médico, sendo que o profissional não será punido no caso de aborto necessário, ou seja, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro, quando o aborto é precedido do consentimento da gestante, sendo ela incapaz do consentimento de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Além das hipóteses legais acima elencadas, existe a possibilidade de interrupção da gravidez quando se tratar de fetos anencéfalos, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 54/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Na decisão, o STF entendeu que se trata de conduta atípica. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, 2002).

A relativização do crime de aborto é também objeto de discussão a nível internacional, conforme menciona Miguel. Em Portugal, um país católico e tradicionalista, teve o aborto autorizado em 2009 nos seguintes casos: a pedido da genitora até 10 semanas de gravidez; em caso de estupro ou crime sexual até 16 semanas; por malformação do feto até 24 semanas, a qualquer tempo em casos em que haja risco de vida ou de saúde para mulher e em havendo fetos inviáveis. (MIGUEL, 2012, p. 669).

Na Cidade do México, em 2008, o aborto foi legalizado até os três meses de gestação. Também em 2008, no Uruguai, o Poder Legislativo aprovou a legalização do aborto sendo vetado pelo presidente Tabaré Vázquez. Na Itália, até 90 dias de gestação o aborto é legalizado desde o ano de 1978. (MIGUEL, 2012. p. 669).

Na Espanha, desde 1985, o aborto até 14 semanas de gravidez é legalizado, sendo que desde o ano de 2018 não é obrigatória a autorização dos pais das adolescentes de 16 a 18 anos que desejam efetuar o procedimento. (MIGUEL, 2012, p. 669).

Ressalta-se, que todos os países mencionados são católicos, demonstrando uma coexistência entre uma população católica e o reconhecimento do direito ao aborto. Dessa forma, cai por terra o peso da Igreja Católica ser uma das principais motivações pela não autorização do aborto no Brasil. (MIGUEL, 2012, p. 669).

Conforme Dworkin, a Igreja Católica em seus ensinamentos condena o aborto, o uso de contraceptivos e do dispositivo Intrauterino (DIU), não havendo casos de exceção, como no caso de aborto decorrente de estupro, já que o feto é considerado como uma pessoa desde a concepção, o que justifica não se admitir exceções. (DWORKIN, 2003, p. 6).

Um famoso caso emblemático conhecido como *Roe v. Wade*, foi objeto de discussão nos Estados Unidos em 1973, em que a Suprema Corte norte-americana estabeleceu permitir o direito ao aborto como consequência do direito à privacidade protegido pela Emenda n. 14 à Constituição. A decisão declarou a inconstitucionalidade da lei estadual do Texas e conferiu as mulheres uma total autonomia para interromper a gravidez durante o 1º trimestre de gestação. Admitiu-se ainda, a existência de alguns critérios de limitação aos abortos praticados nos 2º e 3º trimestres de gestação. De uma forma geral, pode-se dizer que a decisão da Suprema Corte afetou quase a totalidade das Leis estaduais que disciplinavam a prática do aborto nos Estados Unidos.

Ainda sobre o famoso caso em questão, nos Estados Unidos houve a descriminalização do aborto no país. A Corte Americana decidiu que não se pode atribuir personalidade ao feto. Frente a isso, o entendimento é o de que a vida possui um valor sagrado e valioso. Assim, a proteção que se busca com a proibição do aborto não se refere ao feto, em específico, mas a sacralidade da vida humana, mesmo quando ela ainda se trata apenas de uma possibilidade. (DWORKIN, 2003, p. 7).

Observa-se que as referidas nações, assim como o Brasil, evoluíram o pensamento jurídico por meio do sistema romano-germânico, no entanto, revelam uma tendência mais liberal quanto à interrupção da gravidez.

Nesse sentido, os conservadores em matéria de aborto permitem exceções que causam uma espécie de contraditoriedade. Para alguns deles, por exemplo, torna-se moralmente permissível a prática do aborto não apenas para salvar a vida da mãe, mas também quando a gravidez é resultado de estupro ou incesto. Desse

modo, quanto mais são admitidas tais exceções, mais claras as controvérsias de que o feto seja uma pessoa com direito à vida. (DWORKIN, 2003, p. 43).

Assim, a proibição do aborto no Brasil, por exemplo, se tomasse como justificativa o modo de pensamento "derivativo", encontraria óbice significativo na liberação do aborto em casos de gravidez resultante de estupro. Nesse contexto, parece óbvio que nossa lei não se enquadra ao referido tipo de pensamento, até porque, se assim o fosse, admitiria que o direito da mãe de não conceber seu filho, unicamente porque foi gerado por estupro, é maior do que o direito à vida do feto. O direito à vida do feto, no pensamento "derivativo" é supremo, havendo, inclusive, contradição na decisão de aborto nos casos de risco de vida da mãe, visto que não há como valorar se a vida da mãe é tão mais importante que a do filho, pois em alguns casos de risco, poderá o feto sobreviver e a mãe não.

Por outro lado, se a lei brasileira de proibição do aborto fosse justificada pelo modo de pensamento "independente", contrariaria a garantia constitucional de liberdade religiosa, pois como um Estado, que se diz laico, poderá proibir alguma atitude de seus cidadãos ao considerar uma justificativa baseada em fundamento religioso? Há flagrante conflito nesta pretensão e o Estado, por conclusão óbvia, não poderá influenciar as escolhas de seus cidadãos com base em justificativas de cunho sagrado. Dessa forma, haveria verdadeira queda do direito de liberdade religiosa constitucionalmente assegurado.

A subordinação sexual das mulheres precisa se tornar um atributo central do debate quanto ao aborto, sendo a afirmação feminista mais fundamental. Na democracia, as convicções atreladas às controvérsias sobre o aborto possuem reflexos nas opiniões como indivíduos, nos grupos aos quais pertencem, nas restrições jurídicas sobre o aborto e as proferidas nos governos. (DWORKIN, 2003, p. 130).

Ademais, o autor entende que o feminismo tem uma preocupação com a vida humana ao mesmo tempo em que enaltece o direito à privacidade e a liberdade de escolha, tendo a mulher o direito de reconhecer-se soberana sobre o seu corpo, no que tange a procriação e os aspectos sociais. Esclarece o autor que por meio dos argumentos feministas se tem uma visão unidimensional em que as controvérsias que se referem ao aborto pertencem ao momento em que o feto torna-se pessoa. O feto é compreendido como uma criatura que possui importância moral, enfatizando a responsabilidade da mulher na tomada de decisão. (DWORKIN, 2003, p. 135).

Para o autor, a vida deve ser vista de acordo com seu valor subjetivo e não como algo sagrado, devendo ser relativizada em situações específicas, como no caso de salvar a vida da gestante. Assim, propõe o seguinte questionamento de cunho filosófico: “a frustração de uma vida biológica, que desperdiça vida humana, será ainda assim justificada em alguns casos para que se evite frustrar uma contribuição humana a essa vida, ou às vidas de outras pessoas, o que seria um tipo diferente de desperdício?”. (DWORKIN, 2003, p. 117).

Pensando no conceito do que seria sagrado, o referido jurista afirma ainda que algo pode ser sagrado em razão de investimentos naturais ou de investimentos humanos, de maneira que os investimentos naturais seriam os produzidos por Deus ou pela natureza, e os humanos, aqueles criados pela ação humana, sendo que a adoção destes diferentes conceitos produz outros resultados no que se refere ao aborto. (DWORKIN, 2003, p. 125).

Há uma ingerência estatal do ponto em que se proíbe que mulheres possam dar continuidade ou interrompam a gestação iniciada em seu ventre. Para Dworkin, as leis que visam a proibição do aborto fazem com que o procedimento se torne mais caro e difícil de ser executado. Resta assim, uma violação dos direitos destas mulheres ao cercear a sua liberdade de disposição do próprio corpo e ao interferir na autonomia de poder decidir sobre a sua vida. Com isso, observa-se uma interferência por parte do estado na tutela à vida do feto ou embrião, em contrariedade aos direitos das gestantes, da sua dignidade humana e primordialmente do direito a uma vida digna. (DWORKIN, 2003, p. 143).

Assim, verifica-se que o valor da vida ganha sentidos distintos conforme se considere ou não a posição das mulheres e suas motivações, principalmente no que diz respeito ao direito de escolha envolvendo seus próprios corpos. O movimento feminista que defende a descriminalização, por exemplo, apresenta diferentes graus, indo desde os que aprovam o aborto em situações específicas, como o risco de morte da gestante, e chegando a um ápice quando o aborto poderia ser realizado a qualquer tempo, como no caso em que a genitora entende o nascimento da criança como não conveniente.

Miguel analisa em Macpherson, que a base para o acesso à cidadania está intimamente relacionada à ideia de propriedade de si mesmo. A partir da criminalização do aborto percebe-se a grave assimetria entre homens e mulheres do

ponto em que se discute a imposição sofrida por estas quanto à limitação no manejo de seus próprios corpos. (MIGUEL, 2012, p. 662).

A discussão sobre a decisão e a autonomia das mulheres para interromper uma gravidez, não se restringe apenas ao aborto, mas abrange o princípio da laicidade do Estado, os espaços e as formas de sua regulação e o funcionamento da democracia em consonância com o respeito aos direitos individuais. (BIROLI, 2014, p. 42).

É dado um caráter político ao direito de abortar, uma vez que impacta na definição e diferenças dos direitos de cidadania entre homens e mulheres. (BIROLI, 2014, p. 44).

As convicções dos indivíduos sobre as discussões acerca do aborto refletem diretamente nas restrições jurídicas que são promulgadas por seus respectivos governos e não apenas em suas posições enquanto cidadãos e participantes de um grupo social. Dessa forma, a subordinação sexual das mulheres deve se tornar um atributo central do debate sobre o aborto no âmbito de uma afirmação feminista mais fundamental e característica. (DWORKIN, 2003, p. 77).

Ainda nesse entendimento, ressalta-se que há uma garantia desigual sobre o respeito às liberdades e aos direitos de todos, pois os únicos limites que a soberania popular possui de fato são aqueles vinculados à preservação das condições de seu próprio exercício. Para Miguel, não há que se falar em participação política democrática sem as liberdades de pensamento, de associação e de expressão para todos. (MIGUEL, 2012, p. 661).

Miguel propõe ainda uma análise com base em Macpherson, em que a tradição liberal e a propriedade de si mesmo são as bases indispensáveis para o acesso à cidadania. A propriedade de si mesmo dá acesso à propriedade privada, ao ingresso da cidadania política, ao ponto em que se separa o que é individual e o que é de propriedade comum da humanidade. (MIGUEL, 2012, p. 661).

Dessa forma, o dilema entre o princípio da preservação da vida do feto *versus* a autonomia reprodutiva da mulher deve ultrapassar o ponto de vista da moralidade e adentrar para aspectos de ordem jurídica e política. O que pressupõe viabilizar, de fato, o mesmo acesso às mulheres em espaços de cidadania e democracia.

Direitos fundamentais das mulheres: direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva

A construção prática dos direitos reprodutivos surge a partir de um movimento de mulheres que foi incorporando em sua agenda um rol de direitos compreendidos como fundamentais em face das necessidades que emergiam dos novos contextos sociais e culturais. Os direitos reprodutivos só foram reconhecidos na década de 1980, depois de serem desenvolvidos pelo Movimento Internacional Feminista na década de 1970 decorrendo de debates como o aborto, a esterilização e contracepção. (VENTURA, 2009, p. 29).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 foi um marco na garantia e promoção de direitos sexuais e reprodutivos de homens e mulheres. O referido pacto foi ratificado pelo Brasil em 1992 e com ele estendendo a proteção do direito à vida, igualdade no matrimônio, direitos de cidadania das mulheres, liberdade, entre outros. (VENTURA, 2009, p. 38).

Em 1970 houve um período marcado pela luta para a descriminalização do aborto e pelo acesso à contracepção, havendo reivindicações que envolviam os direitos reprodutivos centrados na autonomia corporal, o controle da própria fecundidade e atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres. (CORRÊA, 2003, p. 29).

Os movimentos de direitos humanos não davam atenção às reivindicações de participação política, igualdade no trabalho, educação, aborto e sexualidade das mulheres. Tratavam tais questões, além de outras reivindicações, de forma secundária. No entanto, no ano de 2000, a Organização das Nações Unidas reconheceu a importância da promoção da igualdade entre homens e mulheres por meio do relatório de direitos humanos, compreendendo historicamente, a discriminação de mulheres e os impactos negativos para o crescimento econômico e social do país e do mundo. (CORRÊA, 2003, p. 29).

Com base nisso, percebe-se que a discussão acerca dos direitos reprodutivos, que fazem parte dos direitos humanos básicos e devem orientar as políticas relacionadas à população, tendem a avançar ao longo da história de uma sociedade.

Os pactos e as convenções de direitos humanos, bem como a lei constitucional brasileira, reconhecem a efetivação dos direitos reprodutivos e

asseguram diretamente os direitos relativos à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas correspondentes às liberdades e aos direitos individuais. (VENTURA, 2009, p. 21).

Nesse sentido, por meio de leis e políticas públicas que, por sua vez possuem o papel de estabelecer a equidade nas relações pessoais e sociais, a atual concepção de direitos reprodutivos não fica limitada à simples procriação humana, como forma de preservação da espécie, mas envolve uma realização conjunta dos direitos individuais e sociais referidos. (VENTURA, 2009, p. 22).

Frente a isso, verifica-se que há uma lesão aos direitos reprodutivos das mulheres em virtude de normas repressivas, uma vez que muitas delas recorrem às clínicas clandestinas para a realização de abortos sem qualquer condição básica de higiene e segurança. A vulnerabilidade social das mulheres diante de tal problemática torna-se comprovadamente um fator determinante para a demonstração da desigualdade social no Brasil, visto que as mulheres de melhor condição econômica têm acesso a abortos mais seguros, mesmo que clandestinos.

No âmbito jurídico, a relevância do tema chegou a ser apreciada no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando do julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ, na declaração de voto do ministro Luiz Roberto Barroso:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

O ministro enfatizou ainda que:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

No Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ apreciado pelo STF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, discutiu-se a autonomia reprodutiva versando sobre o aborto no caso em que uma gestante desejava interromper a gravidez de feto anencéfalo. O caso não chegou a ser julgado pelo fato do falecimento da criança antes mesmo da sessão de julgamento. Entretanto, o caso foi amplamente divulgado

e no voto do então Ministro Luiz Roberto Barroso, os direitos reprodutivos foram discutidos na perspectiva dos direitos de liberdade e da autodeterminação pessoal, atrelado à afirmação de que o STF possui como papel a garantia do seu legítimo exercício de representação do estado democrático de direito.

Assim, embora presentes as normas legais, não há, satisfatoriamente, uma efetivação de garantia dos direitos das mulheres. Mesmo diante dos termos da Constituição Federal acerca dos direitos a igualdade, a liberdade e a dignidade humana, são perceptíveis a falta de garantia dos direitos e da liberdade reprodutiva às mulheres.

Nesse sentido, acredita-se que num Estado Democrático de Direito não deve haver espaços para imposições travestidas de lei para criminalizar uma conduta que difere das demais. A base para uma efetiva democracia deve ser pautada pela pluralidade e tolerância ao diferente, de maneira a respeitar os direitos individuais de cada pessoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto como uma realidade social trata-se também de um tema político e não meramente moral baseado em regras dogmáticas de qualquer natureza. Problemas envolvendo o acesso ao aborto seguro e legal estão no âmago do direito fundamental da mulher à igualdade, à privacidade e à saúde mental e física, sendo essas pré-condições para a concretização de outros direitos e liberdades.

O aborto reconhecido como um problema de saúde pública trata-se de uma realidade social alarmante e precária do ponto de vista da falta de respeito aos direitos das mulheres neste país, sobretudo, as mais pobres. Salienta-se que, ao menos no Brasil, os dados referentes aos abortos realizados, bem como às mortes decorrentes de procedimentos clandestinos, são possivelmente subestimados, haja vista que tais pesquisas englobam dados oficiais captados junto à rede pública de saúde, que de forma geral atende pessoas de baixa renda.

O enfoque constitucional de Ronald Dworkin acerca do tema justificou a relativização do crime de aborto na medida em que se trabalhou os conceitos de pensamento derivativo e independente, em que para ele, aqueles que acreditam na existência dos direitos individuais dos nascituros possuem um pensamento

denominado “derivativo” e aqueles que compreendem o direito à vida como inviolável e de valor intrínseco são os que possuem o pensamento “independente”.

Assim, o objetivo desta pesquisa foi analisar a relativização do crime de aborto e o enfoque constitucional dado por Ronald Dworkin e debater, principalmente, as mudanças valorativas na sociedade que determinam as alterações legislativas e jurisprudenciais a respeito do tema abordado.

A defesa do direito ao aborto no Brasil está ausente nas esferas políticas, pois aqueles que defendem a descriminalização pouco fortalecem o tema e não o colocam como uma prioridade. Dessa forma, espera-se que avanços aconteçam e que movimentos que lutam em prol dos direitos das mulheres estejam atentos ao compromisso com a liberdade.

Baseado nessas considerações, o presente estudo abordou a temática do aborto, especialmente em relação ao direito à escolha no campo das individualidades e a garantia dos direitos fundamentais da mulher, tais como: igualdade, autonomia e integridade física e psíquica da gestante e os seus direitos sexuais e reprodutivos.

Conclui-se assim, que é preciso dar prosseguimento ao processo de liberdade e igualdade, com ações efetivas que venham suprir a lacuna existente entre a teoria e a prática. É imprescindível diminuir o desnível que impera sobre a sociedade feminina nos dias de hoje e, para tanto, será necessária uma ação organizada e articulada que viabilize um amplo e profundo debate a respeito do aborto.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí, RS: Ed. da Unijuí, 2002.

BIROLI, Flávia. **Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas**. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 15, p. 37-68, set./dez. 2014.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 maio. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 maio. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124306/RJ.** Pacte. (s) : Rosemere Aparecida Ferreira e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016.

Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdfIDEPROCESSO=hc300>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF.** Repte. (s) : Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 de abril de 2012.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 01 maio. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez e Stela Prado. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. **Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros.** In: SEXO & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Elza Berquó (org.). Unicamp, 2003. p.29.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais,** 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura.** Brasília: Processus, 2019.

MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e democracia.** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 20, n. 3, p. 657-672, set./dez. 2012.

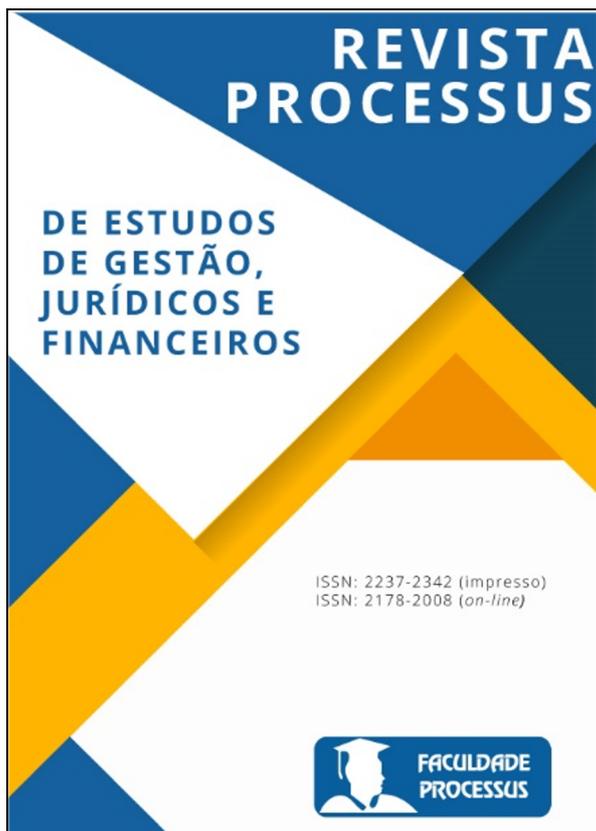
Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 de abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil / 1. Direitos Humanos 2. Direitos Reprodutivos 3. Reprodução Humana.** 2009.



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe:

Jonas Rodrigo Gonçalves

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRINCIPAIS CONQUISTAS LEGISLATIVAS¹

LEGAL PROTECTION OF ANIMALS IN BRAZIL: CONSIDERATIONS

ABOUT MAJOR LEGISLATIVE ACHIEVEMENTS

Fabiana Menezes Pereira da Silva²

Jonas Rodrigo Gonçalves³

Resumo

O tema deste artigo é “Proteção jurídica dos animais no Brasil: considerações acerca das principais conquistas legislativas”. Investigou-se o seguinte problema: “De acordo com as principais correntes filosóficas sobre o direito animal, as leis conquistadas seriam de fato eficazes a proteção jurídica destes?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “apesar da evolução legislativa, animais ainda padecem vítimas da crueldade humana”. O objetivo geral é “apresentar a temática dos direitos dos animais sob uma óptica histórica, filosófica e moral, pontuando as conquistas legislativas alcançadas”.

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Érida Cassiano Nascimento.

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Fasesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br.

Os objetivos específicos são: “analisar situação jurídica dos animais”; “averiguar a eficácia das normas”; “apontar as principais falhas que impedem a efetividade das leis”. Este trabalho é importante para um operador do Direito devido ao engrandecimento e conhecimento das questões ambientais; para a ciência, é relevante por abordar a questão dos limites à exploração dos seres irracionais; agrega à sociedade pelo conhecimento e conscientização da causa dos animais. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Direito dos animais. Direito animal. Status jurídico dos animais. Proteção jurídica dos animais. Leis de proteção aos animais.

Abstract

The theme of this article is legal protection for animals in Brazil: Considerations about the main legislative achievements. Investigate the following problem: "According to the main philosophical currents on animal law, such as laws defending human rights?" The following hypothesis was considered "despite the legislative evolution, animals still suffer from human cruelty". The general objective is "to present an animal rights theme from a historical, philosophical and moral perspective, punctuating as legislative achievements achieved". The specified objectives are: "to analyze the legal situation of the animals"; "Average effectiveness of standards"; "Point out as the main flaws that hinder the effectiveness of the laws". This work is important for an operator of the Law due to the improvement and knowledge of environmental issues; for science, it is relevant because it addresses a question of the limits of exploitation of irrational beings; adds to society by knowledge and awareness of the cause of animals. This is a qualitative theoretical research lasting six months.

Keywords: Animal rights. Animal law. Legal status of animals. Legal protection of animals. Animal protection laws.

Introdução

Com a evolução histórica do ser humano e o fortalecimento das manifestações dos grupos de minorias, discussões concentradas em torno de seres vulneráveis, como é o contexto dos animais, encontram-se progressivamente mais intensas no mundo todo. Entretanto, não se trata de matéria estritamente jurídica, pois é necessária uma minuciosa reflexão ética, filosófica, sociológica e ambientalista sobre o assunto.

As leis de defesa dos animais sucederam no decorrer da história, à medida que o homem tomava consciência da própria perversidade, em ritos cruéis e inaceitáveis contra a vida e dignidade destes seres. Apesar disso, e tendo conhecimento da insuficiência de recurso que tais práticas lhe causariam, os países se viram obrigados a somar forças em defesa da preservação ambiental. (DIAS, 2007).

Diante disso, este artigo se propõe a responder ao seguinte problema: “De acordo com as principais correntes filosóficas sobre o direito animal, as leis conquistadas seriam de fato eficazes a proteção jurídica destes?”. Apesar de grandes avanços legislativos, a grande questão é sobre a eficácia das normas, se estas cumprem de fato o objetivo, e de modo que os interesses dos animais estejam realmente em primeiro plano.

Não há dúvidas que os seres irracionais são protegidos pela Carta Magna e várias normas infraconstitucionais. A questão é sobre a dimensão da efetividade dos

direitos inerentes a estes seres, sabendo que inúmeros fatores contribuem para a ineficácia da norma supra. (CASTRO JUNIOR; VITAL, 2015).

A hipótese abordada juntamente com o problema em questão foi “apesar da evolução legislativa, animais ainda padecem vítimas da crueldade humana”. Independente da intenção protetora da lei, o que se constata é uma sequência de falhas no ato de fiscalizar ou até mesmo de aplicar o direito no caso concreto, que por vezes vem deixando a desejar.

A proteção animal, de forma geral está restrita a assuntos de ordem econômica pois encontra-se recepcionado com status de coisa, objeto de propriedade do homem. Neste sentido, apesar de a norma maior conferir proteção a esses seres, poderia ter avançado mais até alterar o status jurídico destes levando em conta suas especialidades. (SILVA; VIEIRA, 2014).

O propósito geral deste trabalho é apresentar a temática dos direitos dos animais sob uma óptica histórica, filosófica e moral, pontuando as conquistas legislativas alcançadas. Este novo ramo do direito cresce de acordo com a evolução da consciência da espécie humana e precisa ser melhor compreendido para gerar resultados satisfatórios a todos os seres.

A discussão filosófica a respeito da dimensão moral dos animais tem se aperfeiçoado no campo do Direito. Cumpre destacar que apesar de antropocêntricas, as normas pátrias sobre o tema em questão lentamente caminham para uma eficiente condecoração dos animais como seres intrínsecos e dignos. Consequentemente, é imprescindível a aplicação destas normas já positivadas para garantir a proteção destes seres sensíveis. (FEIJÓ; SANTOS; GREY, 2010).

Os objetivos específicos deste trabalho são “analisar situação jurídica dos animais”; “averiguar a eficácia das normas”; “apontar as principais falhas que impedem a efetividade das leis”. É certo e todos sabem que há prerrogativas que garantem a proteção dos animais, mas vale muito analisar numa visão panorâmica e detalhada se realmente elas cumprem com o objetivo geral que é a proteção.

Como observado, os animais não humanos estão tutelados na norma constitucional contra atos cruéis, entretanto, tal proteção é transformada em mera figura condecorativa em nosso ordenamento pátrio, pois decorre da manutenção do status de bens privado ou de interesse coletivo como parte de um ambiente equilibrado. (SILVA; VIEIRA, 2014).

A pesquisa em questão trouxe valores imensuráveis ao autor, desde a escolha, minuciosa do tema que teve um peso relevante por se tratar do direito adquirido à um grupo vulnerável até a conclusão por agregar tanto conhecimento. É vista pelo autor como uma grande possibilidade de dá voz à defesa dos animais, que é uma causa tão nobre e por fim uma forma de protesto pessoal.

O modelo de civilização o qual o ser humano se depara põe em risco a própria sobrevivência. Dados mostram que caso não seja imediatamente mudado a forma de exploração dos recursos o que teremos é um futuro denso e sombrio pautado na total escassez. (MELO; RODRIGUES, 2019).

Uma das conclusões extraídas da pesquisa foi o fato de haver tão pouco material a respeito do tema. Dado isso, uma das contribuições principais à ciência em geral é mais uma vez dá voz e complementar o escasso acervo de pesquisas que se tem atualmente a respeito do tema.

Com o evidente crescimento do interesse da temática dos animais no ordenamento jurídico, o mundo se encontra em constante evolução e um possível questionamento: Os animais são realmente suscetíveis de direito? A questão é tão

complexa que merece uma análise detalhada e um enfoque especial. (CASTRO JUNIOR; VITAL, 2015).

Posto isso, com a realização do trabalho ora apresentado, este contribui de forma a argumentar sobre a importância dos valores atribuídos aos animais, sendo a principal intenção reforçar o conhecimento da sociedade. Sem o devido conhecimento é inútil acreditar na mudança, por isso essa vai ser sempre a principal e melhor arma para a grande transformação da sociedade.

O Direito ambiental ergueu-se por força de vários motivos, para que versasse especialmente das matérias dessa área. Posteriormente trouxe ideais sobre preservação e tutela do meio natural. (ESCOBAR; AGUIAR; ZAGUI, 2014).

Este trabalho foi feito por meio de pesquisa histórica, o qual possibilitou desenvolver pontualmente as teorias acerca do tema. Além de trazer o assunto de forma cronológica, aborda as teorias filosóficas demarcando o tempo e percussor teórico.

Foram utilizados artigos científicos como instrumental da pesquisa. Os artigos científicos foram obtidos da base de busca Google Acadêmico a partir das seguintes palavras-chave: “Direito dos animais. Direito animal. Status jurídico dos animais. Proteção jurídica dos animais. Leis de proteção aos animais”, sendo necessário pelo menos um dos autores da obra ser mestre ou doutor.

Como critérios exclusão dos artigos científicos, foram escolhidos os artigos com pelo menos um dos autores mestre ou doutor, além da exigência de se tratar de artigo publicado em revista acadêmica com ISSN. Esta pesquisa de revisão de literatura tem o tempo previsto de três meses. No primeiro mês realizou-se o levantamento do referencial teórico; no segundo mês, a revisão da literatura; no terceiro mês, a elaboração dos elementos pré-textuais e pós-textuais que compõem todo o trabalho.

Trata-se de pesquisa qualitativa, em que são analisados comportamentos e percepções humanas ao longo do tempo. O objetivo é explorar ao máximo as pesquisas históricas e refletir sobre a atualidade, trazer uma visão humanitária aos animais a partir das conclusões extraídas das pesquisas.

A metodologia consiste nos meios que foram utilizados para que fosse feito o trabalho de pesquisa. Aborda desde o tipo, instrumento, forma, até o modo como se organizará o documento fruto da pesquisa. (GONÇALVES, 2019).

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRINCIPAIS CONQUISTAS LEGISLATIVAS

Os problemas ambientais estão sendo cada vez mais discutidos na atualidade, seja pela preocupação em manter os diversos tipos de seres ou pelo medo da escassez dos recursos, é indubitável a necessidade de normatização sobre esta matéria. Porém, apesar de parecer, não é um percurso tão simples e vários fatores são levados em conta.

Como se verá adiante, não foi da noite para o dia que surgiram tais direitos aos animais, ao contrário, é resultado de pensamentos conflitantes desde os primórdios a respeito do ser vivo não humano, que por anos demorou para ser compreendido da forma que é na atualidade.

Na Grécia antiga, em uma concepção jusnaturalista cosmológica, as regras do Estado e da natureza se confundiam, sendo que o homem, concentrado na totalidade do cosmo, sem liberdade alguma, seguia às regras físicas ou religiosas que o comandavam. (DIAS, 2007).

No século V a.C., os sofistas começam a questionar sobre ordem humana, e após a crise ética e moral, desviaram a razão do cosmo para o homem. (DIAS, 2007).

A essa altura, inaugurava-se a filosofia de vida voltada para o homem, coberto pela razão, o qual rompeu com as leis naturais e passou vigorar como ser superior em comparação aos outros.

Entretanto, a visão antropocêntrica dos gregos restou moderada, ao passo que o cristianismo enfatizou o voluntarismo de Deus e deixou de lado o intelectualismo. Não se tratava apenas de crença, mas de dogma de fé. O homem passou a dominar sobre outras formas de vida, inclusive cruelmente, amparado na crença bíblica. (DIAS, 2007).

O cristianismo intensificou ainda mais o antropocentrismo, mesmo que de forma moderada, pois o homem de forma obediente as normas cristãs, passou a agir contra os animais por força das crenças. Porém, apesar da grande massa de filósofos que sustentava a ideia de superioridade do homem, também havia aqueles que defendiam uma vida digna e de iguais valores aos animais não humanos.

Até aquele momento, o direito dos animais era interpretado pelos autores como uma atribuição do homem, direto ou indireto no que tange aos animais, sem conexão com o respectivo Direito. Só em 1892, com a publicação do livro *Animal Rights* de Henry S. Salt inaugurou a verdadeira labuta sobre o direito dos animais. (SINGER; REGAN, 1989).

Todavia, antes da publicação deste livro o filósofo inglês Jeremy Bentham já explanava sobre o princípio da senciência, que questionava a respeito do verdadeiro valor até então atribuído aos seres, que na sua visão compartilhavam de certos sentidos.

Segundo Bentham (1979, p.4), “o problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar, tampouco interessa se falam ou não; o verdadeiro problema é: podem eles sofrer?”.

A dor ou prazer dos homens não é maior que a dor ou prazer dos animais, em razão de não existir desculpa moral que justifique. A dor os atinge sem diferenciação. (CASTRO JUNIOR; VITAL, 2013).

A questão dos animais muito se assemelha às questões de minorias que assim como eles vem conquistando seus direitos no mundo. Foi assim, com os judeus, com os negros, com as mulheres e é assim com vários outros grupos que lutam dia após dia para terem seu espaço conquistado. O mundo se divide quando na verdade somos unidos pelo mesmo sopro que deu a vida.

Na época atual, a ciência e a filosofia já aceitam a singularidade do universo. E nele não há ser superior ou inferior. Os elementos dos átomos e as particularidades atômicas compreendem modelos eficientes que não existem como elementos separados, mas sim como membro de um entrelaçado indivisível de relações. Os físicos contemporâneos nos atestam que toda substância, tanto no espaço quanto na terra, está cercada num permanente compasso cósmico. Nenhuma parte é necessária, e tudo está conectado a tudo mais. As características de qualquer pedaço são definidas pelas características dos demais fragmentos, e não por alguma lei primordial. O físico Heisenberg, ao analisar o mundo material, nos apresentou a unidade basilar de todas as coisas e acontecimentos. O universo está intrometido em uma enorme unicidade, nenhum fragmento está sozinho, nem no tempo presente nem na percepção da história. Átomos e mundos são arrastados por um só estímulo e a consequência disso é a vida. (DIAS, 2007).

Como foi visto nos parágrafos anteriores, os direitos conferidos aos animais não humanos foram fruto da grande evolução ética e filosófica ao pensamento

humano em reconhecer os animais como seres capazes de sentir e expressar o que sentem.

Pretendendo trazer aspectos éticos e morais que conservem e protejam a vida dos animais, vem se estabelecendo um amplo suporte jurídico a fim de reconhecer o valor singular da vida animal sob os mais diversos meios, desde o aproveitamento abusivo industrial (alimentício), passando pelo lazer (circos, zoológicos), investigação científica experimental e até na utilização para companhia. (MELO; RODRIGUES, 2019).

Estudos apontam que a primeira lei que defendeu o direito dos animais no Brasil foi o Decreto nº 16.590, de 10 de setembro de 1924, o qual regulamentava as casas de divertimento públicas. Em seu artigo 5º proibia a outorga de licenças para corrida de touros, garraios, novilhos, brigas de galo e canários e quaisquer outros meios de lazer desse gênero que causassem sofrimento aos animais.

Em 1934, no governo Getúlio Vargas, foi promulgado o Decreto nº 24.625, o qual conferia aos animais o direito de representação para que fossem assistidos em juízo, e também trazia um rol de condutas consideradas maus tratos. No entanto, foi revogada posteriormente por meio de outro decreto no governo de Fernando Collor. Alguns doutrinadores apontam que ao tempo em que foi editado, o Decreto nº 24.625/1934 tinha força de lei, por isso, só seria possível revogá-lo por outra lei. Enfim, destaca-se que por esse argumento ainda é utilizada atualmente em prol dos interesses dos animais.

Em 1978, no contexto internacional foi afirmado o direito à vida a todo ser vivo, dignidade, respeito e integridade animal, por meio da proclamação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais pela UNESCO. No mesmo nível, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, proibiu atos de crueldade, em seu artigo 225. Quanto à legislação infraconstitucional, a consolidação do direito dos animais na justiça brasileira se soma a inúmeras legislações sancionadas ou não, destacando-se a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que define os crimes ambientais. (MELO; RODRIGUES, 2019).

Em 1990, a compreensão civilista alemã possibilitou aos animais serem tutelados por leis especiais, compatíveis com suas peculiaridades de seres vivos. Sucedeu na Alemanha a primeira inovação legislativa a romper a visão tradicional do Direito, ao modificar o Código Civil (BGB – Bürgerliches Gesetzbuch), deixando “de considerar os animais como coisas (§ 90a). (SILVA; VIEIRA, 2014).

O Código Civil brasileiro de 1916 não ofertou progressos significativos para os animais, uma vez que por influência da legislação romana, eram considerados coisa de ninguém. Ademais, eram regulamentados nessa norma, a pesca, a caça e a pecuária. Atualmente a norma civilista pátria não trata sobre assuntos relacionados diretamente a estes, porém atribui natureza jurídica de bens móveis aos animais domésticos ou domesticáveis, em seu artigo 82.

No Brasil, assim como em diversos países ainda vigora o princípio da precaução para tutelar a fauna. O objetivo desse dispositivo é reconhecer antecipadamente fatores que podem causar ou contribuir para futuros danos ambientais. Dessa forma, o princípio sugere cautela e cuidados antecipados para prevenir possíveis efeitos indesejados. (ESCOBAR; AGUIAR; ZAGUI, 2014).

Em se tratando de direito animal, alguns entendem como matéria de direito ambiental, enquanto outros entendem como um ramo novo e independente que vem ganhando força no meio jurídico. O fato é que vem sendo desconstruído a ideia antropocêntrica do homem em relação a outros seres.

O ordenamento pátrio brasileiro entende que todos os animais fazem parte do meio ambiente, sem qualquer distinção de espécie. Integram os recursos ambientais da natureza e por isso são tutelados pelas normas ambientais. (ESCOBAR; AGUIAR; ZAGUI, 2014).

Para introduzir a proteção à fauna em maior harmonia com o sistema, o diploma legal procurou aproximar-se mais da realidade brasileira. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regula os crimes contra os animais não humanos e também dispõe sobre as sanções penais e administrativas provenientes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. (SILVA; VIEIRA, 2014).

Com o tempo, outras normas brasileiras foram sancionadas com objetivo de proteger os animais, quais sejam: Decreto-lei nº 3.688/1941, que trata das Lei das Contravenções Penais; Lei nº 5.894/1943, que versa sobre o Código de Caça; Lei Federal nº 5.197/1967, que compõe a Lei de Proteção à Fauna; Decreto-lei nº 221/1967, que versa sobre o Código da Pesca, que foi alterado posteriormente pela Lei Federal nº 7.679/1988; Lei Federal nº 6.638/1979, que versa sobre as normas para vivissecção de animais, que posteriormente foi revogada pela Lei Federal nº 11.794/2008, que estabelece o procedimento para o uso científico dos animais; Lei Federal nº 6.938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente; Lei Federal nº 7.173/1983, que regulamenta o funcionamento dos jardins zoológicos; Lei Federal nº 9.795/1999, que trata da Política Nacional de Educação Ambiental; e Lei Federal nº 9.985/2000, que é a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Merecem destaque outras diretrizes no âmbito estadual. Em São Paulo, o Deputado Feliciano Filho criou a Lei nº 15.316, de 23 de janeiro de 2014, que proibiu o uso de animais para desenvolver, experimentar e testar produtos cosméticos e de higiene pessoal, perfumes e seus elementos e dá outras medidas; a Lei nº 15.566, de 28 de outubro de 2014, proibiu no Estado de São Paulo a criação ou manutenção de qualquer animal doméstico, domesticado, nativo, exótico, silvestre ou ornamental com o intuito exclusivo de extração de peles, também da lavra o Deputado Feliciano Filho. (MELO; RODRIGUES, 2019).

Conforme parágrafos supra, no âmbito nacional, algumas leis foram aprovadas com objetivo de tutelar os animais. Entretanto, as leis sancionadas até o presente momento não versam especificamente sobre os direitos dos animais e sim sobre o todo, o direito ambiental, o qual os animais estão inseridos.

Outro ponto importante, diz respeito a natureza jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar do avanço legislativo, o Código Civil deu grande retrocesso ao reconhecer os animais como “coisa”, colocando-os a mercê de seus tutores, como qualquer outro bem material.

Na proteção jurídica dos animais, para que se possua êxito da lei maior de proteção ao meio ambiente, qual seja artigo 225, CF/1988, deve o legislador atualizar a condição jurídica atribuída pela norma civilista, o qual atribuiu a esses seres o status de “coisas”. O direito deve ser reconhecido de acordo a especificidade das espécies, com leis exclusivas, já que não há impedimento jurídico na Constituição. (SILVA; VIEIRA, 2014).

São grandes os obstáculos na busca de proteção aos animais. Por mais que tenha seus direitos legalizados, é impossível um animal litigar como autor em um processo para defender seus direitos. É exatamente por esse motivo que essas prerrogativas padecem de efetividade judicial. (SILVA; VIEIRA, 2014).

É indubitável o avanço realizado pelo legislador na proteção ambiental, na tutela da fauna. Porém enquanto continuarem a ser considerados patrimônio humano, tais previsões não bastarão para a efetiva defesa dos animais, e seus interesses

permanecerão sempre em segundo plano, porquanto concorrem com os dos homens. (SILVA; VIEIRA, 2014).

No ordenamento jurídico brasileiro, enquanto que os animais silvestres são classificados como bens difusos, ou seja, bens de uso comum do povo, os animais domésticos são considerados bens particulares, ou seja, fazem parte do patrimônio do dono. Mesmo que se tenha o Estado para proteção de todos, uns só são de fato protegidos quando todo o ecossistema está ameaçado, e outros, na maioria das vezes nem são protegidos pois contam apenas como patrimônio de valor econômico.

No entanto, para tratar do status jurídico dos animais, deve-se levar em conta os diversos pontos de vista filosóficos. A corrente abolicionista sugere que enquanto os animais existirem como propriedade de alguém, nunca terão seus direitos de fato garantidos e apregoa o veganismo e o fim de qualquer outro tipo de exploração animal para fins humanos. Essa corrente tem como representante o filósofo Tom Regan.

Segundo Regan (2007), é obrigação do homem tratar com igualdade e benevolência todo e qualquer tipo de ser, essa seria a verdadeira justiça aos animais.

Quanto ao reconhecimento dos direitos dos animais, esse requer abolição, e não reforma. Apenas ser bom com os animais não é o bastante. Esquivar-se de atos cruéis não é o bastante. A realidade do direito dos animais exige gaiolas ou prisões vazias e não mais confortáveis ou espaçosas, sem que deles dependam o homem, para comer, vestir, aprender ou se divertir. (REGAN, 2013).

Regan (2007), estabelece que não se mudam instituições injustas, ajustando-as. Para defender o direito dos animais é necessário pensar em uma cultura abolicionista quanto ao uso destes, e não os adequa para melhor nos servir. Há de se compreender que a pecuária, as pesquisas e a caça à animais adultos é tão cruel quanto a criação em fazendas industriais, os testes de cosméticos ou o abate de filhotes.

Contudo, no entendimento filosófico de Tom Regan e no campo da moralidade, dizer que um ser é bom não quer dizer necessariamente que ele é certo ou justo. Desta feita é irrelevante medir a benevolência do ser usando apenas esse parâmetro.

Se afiliar ao lado da bondade ou lado da crueldade não resolve aos problemas morais sobre o que parece ser certo ou errado. Sobre a crueldade não há como melhorar, pois de todas as formas é ruim e reproduz o erro humano. Ser bom não garante que se faz o que é certo, da mesma forma o errado não traduz a falta de crueldade. As pessoas ou suas atitudes são cruéis se também revelarem uma falta de simpatia, ou, pior que isso, a existência de lazer à custa da dor de outrem. Por exemplo, as pessoas que fazem aborto não são cidadãos cruéis, perversas. Mas o episódio destacado não resolve a precisamente a complicada matéria moral do aborto. O fato não é distinto se analisarmos a ética do nosso acolhimento aos animais. (REGAN, 2013, p.12).

Por outro lado, a corrente utilitarista representada por Peter Singer, defende que a premissa para garantir direitos aos animais é a capacidade deles em sentir dor. No entanto, esta corrente afirma que certos tipos de exploração são justificáveis quando apresentam um grau maior de satisfação humana ou bem-estar geral, em grau menor de sofrimento aos animais.

Na concepção utilitarista os animais continuam a ser explorados, sendo objeto de uso dos humanos, porém, de modo ordenado e com condutas que evitem o sofrimento do animal. Esse movimento encontra respaldo na “teoria dos 3Rs”, que consiste basicamente em reduzir o uso desses seres, aperfeiçoar técnicas e por último substituir. Frisa-se aqui, a teoria propõe a substituição que é diferente de abolição, e

no que tange o aperfeiçoamento, seria aprimorar técnicas para causar menos dor aos animais. (FEIJÓ; SANTOS; GREY; 2010).

Apesar de necessária, em razão do consumo exagerado da humanidade, essa teoria recebe bastante críticas, principalmente de quem tem uma visão abolicionista sobre o tema. É que a pontuação dos 3Rs apenas diminui o número de animais em situação de exploração, mas não acaba e nem é esse o objetivo principal da teoria.

As leis até então criadas são tendenciosas ao pensamento utilitarista e voltados ao bem-estar do animal, visando o princípio da igualdade. Para alguns filósofos abolicionistas, a proteção conferida por essas leis atuais não basta. Primeiro porque faz distinção de espécies, apontando dentre elas quais são dignas de direitos e quais são insignificantes, e segundo porque essa “proteção” na verdade é apenas uma forma menos cruel de continuar a explorá-los.

Um fato inimaginável tempos atrás merece destaque. A corrente abolicionista vem ganhando cada vez mais força no ordenamento jurídico, vem originando novas leis e atribuindo novas interpretações as leis mais antigas. Cumpre destacar ainda que profissionais do Direito defendem a necessidade de leis abolicionistas no país. (FEIJÓ; SANTOS; GREY; 2010, p.156).

A teoria utilitarista se aproxima do bem-estarismo ou concepção contratualista, que prega que os animais não tem capacidade moral para escolherem e, portanto, poderiam ser usados para consumo de modo que os humanos garantissem o menor sofrimento a eles.

Segundo a doutrina de Regan, o direito dos animais só tem razão de ser e de existir ao passo que alguém se importe com eles. De fato, pessoas se importaram com eles, tanto que surgiu o direito, porém há uma espécie de preconceito sobre as espécies, ou seja, uma hierarquia de vida. Alguns são amados e cuidados e quando não são, surge o direito para garantir a proteção, enquanto outros restam esquecidos em fazendas ou laboratórios. A justiça para esses é apenas uma comida adequada um estábulo maior, ou apenas técnicas que garantem menos sofrimento na hora do abate ou da pesquisa. Enfim, não parece justo.

Como visto nos parágrafos anteriores, a temática dos direitos dos animais é bem mais complexa e exige mais de quem realmente se empenha. A situação jurídica é algo para ser analisado com cuidado e pressa, pois é a chave para efetivação de direitos. Mas é compreensível também que se trata de um debate bastante delicado que põe em conflito regras culturais, morais e judiciais. Desse modo, as correntes doutrinárias passaram a dedicar esforços para enquadrar os seres não humanos em uma classificação jurídica que lhes garantam a eficácia dos direitos.

Outra vertente que coloca em risco a proteção dos animais diz respeito a punição estabelecida em lei para os que atentam contra a vida e integridade desses seres.

A crítica mais tratada é sobre as penas cominadas para os casos de desobediência à Lei nº 9.605/1998. As condutas de maus tratos e crueldade contra os animais, sejam eles domésticos, domesticados, exóticos, silvestres, nativos ou não, tornam-se incentivadas por se tratarem de crimes de pequeno potencial ofensivo. Com isso, tais práticas acabam não surtindo efeito no transgressor por serem penas mínimas. (SILVA; VIEIRA, 2014).

O uso dos recursos ambientais é submetido ao poder de polícia exercido pela administração pública, que, amparado na norma atua delimitando os direitos individuais quando estes entram em conflito com os direitos da coletividade. Também é responsável pela fiscalização e aplicação de sanções para os casos de descumprimento das normas.

Para que prevaleça o interesse público sobre o privado, é necessário que todas as esferas do poder executivo – federal, estadual e municipal – exerçam o poder de polícia. É necessário que o Estado goze de mecanismos que garantam o bem ambiental e controlem as atividades danosas. Esses mecanismos são desempenhados pelos três poderes em suas funções constitucionais e manifestados através de poderes políticos e administrativos provindos da administração pública. (ESCOBAR; AGUIAR; ZAGUI, 2014).

No entanto, a Administração Pública não confere os mesmos dispositivos para a proteção de animais domésticos em situação de maus tratos, além de não ser bem recepcionado também pela sociedade como aponta Edna Dias (2007).

A crença dominante e a doutrina majoritária aceitam com bons olhos quando o poder público aplica leis ambientais para evitar ou punir crimes que prejudicam a função ecológica dos animais. De outro modo, existe uma resistência quando se procura impedir maus tratos aos animais, que se depara com a insensibilidade generalizada e no conceito falso de que algumas vidas valem mais que outras. (DIAS, 2007).

Para grande parte dos doutrinadores, os animais são protegidos com a finalidade de proteger o homem, por esse motivo, os animais silvestres tem uma atenção maior em relação aos domésticos. O sistema prioriza o direito econômico quando tem que escolher pela vida de um animal doméstico. Além do descaso com os animais silvestres, não há uma vontade política em proteger animais domésticos. Quanto aos animais silvestres, o descaso é tanto que não há se quer uma diretoria competente nos órgãos de fiscalização e proteção ambiental. (DIAS, 2007).

No Brasil, os crimes cometidos contra os seres vivos não humanos, constantemente resultam em penas que trazem mais uma satisfação material ao proprietário do animal (indenização, por exemplo), do que a punição propriamente dita, pela atitude criminosa contra o ser não humano em si. Salientamo-nos que: animal é “coisa”. (EGEA; MARQUES MOREIRA, 2019).

Vale lembrar que boa parte dos atos cruéis praticados contra os animais são até mesmos financiados pelo Estado, muitas vezes em eventos culturais, onde o que de fato importa é a diversão humana e arrecadação de fundos.

Após serem retirados do seu habitat natural e sujeitos a submissão de maneira imoral por meio de punições cruéis, escondendo as pretensões econômicas de quem explora, fica explícita a exposição dos animais a sofrimento e maus tratos. A luz da ética, da moral, da defesa e direito do animal é cruel e inapropriada o uso dos animais em circos, rinhas de cães ou galos, rodeios ou vaquejadas, pois caracteriza formas cruéis de promover lazer. (ESCOBAR; AGUIAR, 2012).

Em decorrência da cultura antropocêntrica que ainda persiste, foi acrescentado o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 96/2017, para definir que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”, e se também “registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. (SILVESTRE; LORENZONI; HIBNER, 2018).

Nessa senda, o que se percebe é uma enorme contradição nas leis como é o caso da Lei nº 10.519/2002 que dispõe a respeito da promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal em rodeios, autorizando ao mesmo tempo, que animais sejam utilizados em eventos que lhes causam sofrimento e dor. (SILVESTRE; LORENZONI; HIBNER, 2018).

Ademais, o legislador não definiu em lei o que seriam considerados atos cruéis, o que de certa forma abre margem para a inefetividade da norma.

O legislador, propositalmente, não indicou o conteúdo da lei e suas sanções, principalmente no que diz respeito a “crueldade”, motivo pelo qual conclui-se tratar de uma cláusula geral a ser complementada pela interpretação do operador do direito no caso concreto que o fará em acordo com o sistema jurídico e a realidade social. (SILVESTRE; LORENZONI; HIBNER, 2018).

Observa-se que apesar de todo avanço legislativo em prol desses seres o que se tem atualmente são normas que visam regulamentar formas de exploração desses seres, visto que esses não possuem capacidade processual para postular e lutar pela própria vida, e só são reconhecidos pelo valor econômico que representam ou pelo benefício do ser humano.

Além da má fiscalização dos crimes contra os animais não humanos pelos órgãos competentes, o sistema normativo conta com sanções inúteis e de pouca relevância frente ao combate à violência praticada contra os seres vivos não humanos. As penas não geram sequer incomodo aos infratores, e na maioria das vezes deixam de ser aplicadas quando o agente criminoso recupera o dano ou se justifica com a sociedade.

A libertação animal requer uma dedicação maior que qualquer outra, o feminismo, o racismo, visto que a libertação não pode ser exigida dos próprios animais. Para ser reconhecido o Direito dos animais, as relações com o ambiente precisam ser mudadas e muitas coisas precisam ser repensadas. (DIAS, 2007).

Como visto, o direito dos animais e os direitos humanos estão integralmente ligados, pois não há como falar ou ser a favor de um sem pensar e refletir no outro. Para que alguém que diga ser defensor das causas do meio ambiente, em especial, das causas dos animais, é fundamental que cumpra em seu meio social com os papéis que lhe cabem, como gentileza e amor ao próximo, seja ele quem for, independente de raça, cor, crença ou sexo.

O costume da prática de crueldade contra os animais tem por consequência o ato de desumanizar as pessoas, pois estes acabam perdendo o amor pelo outro, livre de preconceitos. O ser humano necessita compreender que o respeito aos outros seres é reflexo das relações respeitadas entre eles próprios. Há estudos que atestam que as pessoas que são cruéis com animais quase sempre são também com seus similares. (CASTRO JUNIOR; VITAL, 2015).

Foi constatado que embora a lei penal tenha sua aplicação de forma tecnicamente correta, não impede que sejam praticadas as condutas ilícitas que pretende evitar. O ser humano avança as linhas delitivas de proteção aos animais sem maiores preocupações, com a certeza da impunidade ou no máximo uma prestação alternativa de serviços. (EGEA; MARQUES MOREIRA, 2019).

Não bastasse os impedimentos da lei, há raros indícios no Brasil de implementação da educação ambiental. É necessário que se cumpra o que a lei estabelece, pois mesmo que se afirme que os maus tratos e crueldade com os animais não humanos é um problema cultural, ético ou pedagógico, este não poderá nunca ser dissociado do Direito. (CASTRO JUNIOR; VITAL, 2015).

Entretanto, ainda resta esperança, o mundo está em constante evolução e embora as leis sejam vagas em deixar de estabelecer conceitos importantes para a melhor aplicação da norma, vem se estabelecendo decisões cada vez mais humanizadas em sede jurisprudencial para reconhecer direitos intrínsecos à vida e dignidade dos animais. De outro modo, a tecnologia e as políticas públicas estão para apoiar e trazer maior benefício a sociedade. É certo que se precisa de leis rigorosas

pra inibir atitudes criminosas contra os seres não humanos, mas também é preciso que novos comportamentos sociais sejam traçados.

Atualmente, aprovado em plenário e remetido à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 470/2018 amplia a pena de 1 a 3 anos de detenção e multa para crimes de maus tratos aos animais, e ainda equivalendo a forma culposa do crime, criminaliza atitudes negligentes. (EGEA; MARQUES MOREIRA, 2019).

Com vistas a realidade da punição dos delitos praticados contra os animais e a reforma e alteração das leis penais brasileiras, caminha no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236, de 2012, que estabelece especificamente sobre esses crimes em seus artigos 388 a 400, regulando de modo direto o interesse desses seres. (SILVA; VIEIRA, 2014).

Além de intervir para evitar o padecimento dos seres, o homem como ser mais consciente, tem a obrigação de respeitar todas os tipos de vida. (DIAS, 2007).

Considerações Finais

A maldade contra os seres não humanos se intensificou e tomou grandes proporções com o passar dos anos. Entretanto, numa velocidade quase proporcional, a sociedade começou a despertar no sentido de evitar situações degradantes contra os seres irracionais. Nessa direção, surgiram diversas leis que importaram na proteção Jurídica dos animais não humanos

Restou claro que no Brasil existem normas de proteção ambiental e que visam o combate aos maus tratos e atitudes cruéis contra animais, no entanto, as leis conquistadas seriam de fato eficazes a proteção jurídica desses seres? Acredita-se que as normas não inibem condutas criminosas contra os seres vivos não humanos ou por vezes apresentam-se omissas.

Com a análise histórica e filosófica dos fatos foi possível traçar os caminhos percorridos pelos doutrinadores para que se chegasse aos direitos animais vigentes nos dias de hoje. Neste contexto, foram analisadas a eficácia e as principais falhas das leis que tutelam os direitos conferidos aos animais.

A proteção jurídica conferida aos animais ainda se encontra ineficaz. No entanto, é notório a evolução dos valores morais da sociedade, que acordou no sentido de buscar o mínimo de dignidade aos seres irracionais. Dessa forma, salienta-se a importância do conhecimento nas questões ambientais para a sociedade, assim como a necessidade da produção de conteúdo para esse fim.

Ante o exposto, conclui-se que no decorrer dos anos surgiram leis de proteção ambiental, que tutelavam a fauna e aplicavam sanções aos crimes de maus tratos contra os animais. Contudo, as diversas leis nunca foram o suficiente para conferir a integridade da vida animal.

Atualmente diversas ONGs trabalham dia após dia para recuperar vidas e trazer o mínimo de conforto aos seres não humanos vítimas da crueldade humana. São inúmeros casos de maus tratos aos animais domésticos, além dos seres vítimas da crueldade em nome da cultura brasileira.

Constatou-se que os animais não humanos sofrem com a violência e a crueldade humana e são vítimas de um sistema jurídico que deixa a desejar no que diz respeito a proteção, quando se abstém de punir adequadamente os infratores ou quando deixa de conferir status compatível às particularidades dos seres irracionais.

Desse modo, fica claro que a evolução legislativa dos Direitos dos Animais não cumpre com eficácia o papel a que se destina. As leis são vagas, as sanções previstas

são brandas, além das contradições que abrem brecha para práticas de atitudes cruéis contra os animais e o status jurídico de “coisa” que pouco favorece.

É imprescindível que o Direito brasileiro precisa adequar a situação jurídica dos animais, reconhecendo-os como sujeitos de direito, além de implementar as leis para que não passem impunes os crimes cometidos contra os animais. Também é necessário que o Estado se empenhe para uma fiscalização eficaz da ordem ambiental.

Não obstante, só o direito não é capaz de conferir a ordem integral da proteção ambiental, é necessário mais que isso, o ordenamento jurídico precisa contar com a mesma dedicação por parte do Estado e da sociedade. Políticas públicas de educação conscientização e fiscalização, a boa vontade da população, e o consumo consciente já são um bom começo.

Referências

CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio de; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. **Revista Brasileira de Direito Animal**. 2015, Vol.10, n.18.

DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Animal**. 2007, Vol.2, n.2.

EGEA, Luciana; MARQUES MOREIRA, Glauco Roberto. A tutela jurídica dos direitos dos animais. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**. 2019, Vol.15, n.15.

ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otáveio; ZAGUI, Paula Apolinário. Aspectos histórico-legais das práticas de maus tratos a animais: a fauna desprotegida. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí**. 2014, Vol.9, n.3.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; SANTOS, Cleopas Isaías dos; GREY, Natália de Campos. O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o direito no cenário brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**. 2010, Vol.5, n.6.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

MELO, Reinaldo Aparecido de; RODRIGUES, Juliana. Direitos dos animais no ordenamento jurídico Brasileiro: um olhar sobre as iniciativas legislativas para a abolição da tração animal. **Revista científica eletrônica do curso de direito**. 2019, Vol.15.

REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. 2013, Vol.8, n.12.

SILVA, Camilo Henrique; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Tutela jurídica dos animais não humanos no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. 2014, Vol.14, n.2.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. 2018, Vol.13, n.1.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.
Data de reformulação: 15/02/2020.
Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 25/06/2020.

Editor-chefe:
Jonas Rodrigo Gonçalves

MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA¹

Mediation in the process of alimony

Rony Barbosa da Silva²
Jonas Rodrigo Gonçalves³

Resumo

O tema deste artigo é “Mediação no Processo de Pensão Alimentícia”. Investigou-se o seguinte problema: “A mediação reduz o conflito em processo de pensão alimentícia?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “a mediação como método de solução do conflito familiar”. O objetivo geral é “diminuir o desgaste familiar através da mediação”. Os objetivos específicos são: a mediação “I – no processo de regularização/estabelecimento”; “II – no processo de revisão”; e “III – no processo de redução/retirada”. Este trabalho é importante para um operador do Direito devido a relevância do tema; para a ciência, é relevante por inovar

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Processus. Monitor do curso de direito pela Faculdade Processus; e Agente Comunitário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9605187917798434>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5694-8680> E-mail: rony.silva.adv@gmail.com

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Facesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br

métodos de solução dos conflitos familiares; agrega à sociedade por tornar mais ágil os processos de cunho familiar. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Família. Mediação. Pensão alimentícia.

Abstract

The subject of this article is Mediation in the Alimony Process. The following problem was investigated: "Does mediation reduce conflict in the process of alimony?". The following hypothesis was considered "Mediation as a method of solving family conflict". The general objective is "To reduce family stress through mediation". The specific objectives are mediation: "I – in the regularization/establishment process"; "II – in the review process"; and "III – in the reduction/withdrawal process". This work is important for an operator of the Law due to the relevance of the theme; for science, it is relevant for innovating methods of solving family conflicts; it adds to society by making family processes more agile. This is a qualitative theoretical research lasting six months.

Keywords: Family. Mediation. Alimony.

Introdução

A articulação entre a mediação e o direito de família tem se tornado um desafio e vem se materializado nos núcleos de Assistência Judiciária, o qual tem-se tornado palco dos conflitos familiares que envolve guarda, pensão alimentícia, separação, divórcio e visitação. Conseqüentemente, a presença da mediação entre judiciário é de extrema importância.

Situações como essas, de conflito familiar, ocorrem frequentemente e têm-se multiplicado em decorrência das mudanças do modelo familiar, do empoderamento feminino e das questões atinentes ao tema, que tem tomado conta do nosso País, afetando assim os relacionamentos intrafamiliares. A mediação dos conflitos familiares, que envolve uma mudança de padrão, é uma alternativa de crescimento e transformação dos cidadãos implicados no litígio, já que promove a possibilidade de perceber o outro e desenvolver conjuntamente soluções, juridicamente, possível para os conflitos, superando a busca jurídica litigiosa para uma reparação pessoal e reconstruindo, sempre que possível, caminhos mais adequados que restrinjam o confronto familiar.

O presente artigo se propõe a responder ao problema em questão: A mediação reduz o conflito no processo de pensão? A mediação tem se tornado cada vez mais um mecanismo positivo nas ações sobre pensão alimentícia, pois por meio dessa ferramenta o judiciário tem atenuado o desgaste familiar decorrente do rompimento matrimonial e se mostrado eficiente quanto ao reestabelecimento das referidas pensões, em virtude de oportunizar as partes a construírem o melhor caminho para a elucidação dos problemas.

No que se refere às famílias, os mediadores vão além dos acontecimentos (dos fatos), buscando compreender os laços estabelecidos entre as partes vinculadas, suas relações no transcorrer do tempo, as quais se passaram e se somaram até se chegar ao processo judicial, esforçando-se a restaurar a comunicação. Ao entender as conseqüências provenientes dos processos jurídicos no desdobrar da mediação familiar, possibilita-se a prevenção de

dúvidas, reconsiderações e ressentimentos, que, caso permaneçam, converter-se-á em insatisfações e dar-se-á continuidade aos embates jurídicos. (SILVA, 2009).

A hipótese abordada frente ao problema em estudo foi: mediação como método de solução do conflito familiar. A mediação, por ter como objetivo a comunicação não violenta, vem se mostrando como a melhor solução na resolução dos processos de pensão alimentícia em virtude de as partes chegarem com mais facilidade a acordos satisfatórios, justamente por ser um mecanismo de Aplicação amigável da fala.

O autoconhecimento das profundas mudanças sociais e do complexo das relações familiares requer estudos acerca da situação familiar e da convivência entre pais e filhos, nos dias de hoje um desafio a enfrentar. Frequentemente dissoluções matrimoniais, bem como as distintas organizações da família, compondose famílias monoparentais ou recompostas, alavancam a necessidade de estudos sobre a dinâmica desses convívios, assim como o progresso de estratégias e técnicas que admitam minorar os conflitos e sofrimentos decorrente de perdas, separações e rupturas nas ligações familiares que procuram o judiciário para sanar os conflitos que acabam evoluindo para processo de alimentos. (CÚNICO; ARPINI, 2019, p 2.).

O objetivo geral deste artigo é “diminuir o desgaste familiar por meio da mediação”. Nessa conformidade, a mediação tem se apresentado como o meio mais apropriado para a diminuição do desgaste das famílias que por vezes fica destruído ou prejudicado, não só pela separação do casal, mas também por conta de uma audiência em que as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar com maior clareza a respeito dos conflitos que os fizeram interromper o laço familiar.

A indicação da mediação mostra-se adequada às relações familiares pela preservação do vínculo familiar. O mediador conduz para o acordo satisfatório com técnicas aplicáveis e escolhidas por ele, conforme a metodologia mais indicada a cada momento, de modo a viabilizar maior eficiência e alcance dos resultados esperados, sensível com aspectos filosóficos, culturais e religiosos de cada participante e de cada um dos envolvidos.

O autoconhecimento das profundas mudanças sociais e do complexo das relações familiares requer estudos acerca da situação familiar e da convivência entre pais e filhos, nos dias de hoje um desafio a enfrentar. Frequentemente dissoluções matrimoniais, bem como as diferentes organizações da família, compondose famílias monoparentais ou recompostas, alavancam a necessidade de estudos sobre a dinâmica desse convívio, assim como o progresso de estratégias e técnicas que possibilitem minimizar os conflitos e os sofrimentos derivados de perdas, separações e rupturas nas ligações familiares, que procuram o judiciário para sanar os conflitos decorrentes dos processos de alimentos. (CÚNICO; ARPINI, 2019, p 2.).

Os objetivos específicos deste trabalho são a mediação: I – no processo de regularização/estabelecimento; II – no processo de revisão e III – no processo de redução/retirada. Os pedidos de regularização de pensão ocorrem nos casos no qual o pai mensalmente paga um valor a genitora dos filhos sem o respaldo do Poder Judiciário. Portanto, quando há uma insatisfação da parte no polo passivo da união, esse vem a solicitar a tutela necessária com vistas a ver a sua pretensão alcançada. Nas solicitações de estabelecimento de pensão, são os casos em que o pai nunca arcou ou não arca com qualquer quantia e acaba

sendo demandado pela mãe, que necessita que seja estabelecido um valor para arcar mensalmente com as despesas com os filhos. Já o reexame de pensão ocorre em casos em que já há processo judicial de reformulação do valor, pois o responsável que recebe tais proventos pleiteia que os valores sejam revistos. Por fim, a redução/retirada acontece quando o próprio pai, o pagador dos alimentos, se vê na necessidade de suprimir ou reduzir os valores.

A conclusão do processo jurídico pode não pôr fim ao processo psicológico, pois, processos jurídicos e psicológicos não iniciam e finalizam concomitantemente, mesmo sendo complicados: haverá possibilidade de a sentença que finaliza o processo judicial não findar o processo psicológico presente, que pode ter começado bem antes da movimentação jurídica. As consequências da ausência de sincronia nos procedimentos jurídico e psicológico poderão ser o descumprimento de sentenças judiciais entre as partes, também motivado por ausência de entendimento das mesmas, que terminará gerando nova ação judicial. (TRINDADE, 2004).

MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

A presente pesquisa e de suma importância, em virtude do aumento das dissoluções conjugais e conseqüente aumento dos processos de pensão alimentícia, o qual acaba por prejudicar os filhos que ali foram gerados, e em decorrência do nascimento das várias formas de família, que precisam ser resguardadas frente a seus direitos. Portanto, o trabalho elaborado visa contribuir com a melhor forma de tratar tais casos e recepcioná-los por meio da mediação, o que se faz extremamente necessário, por ser um meio menos agressivo para tratar os casos de conflitos familiares.

É o mediador, com suas palavras, que tem a missão de adaptar aos distintos públicos o que está sendo dito entre eles na mediação. (PINTO; GOUVÊA, 2019, p 14).

Hoje em dia, pesquisas têm se tornado um fator acadêmico a mais para o desenvolvimento de mecanismos que auxiliam os operadores de Direito, para contornar situações que antes não eram tratadas com a devida atenção por parte do judiciário brasileiro. Os ganhos da mediação e do próprio judiciário são imensuráveis, e traz para este campo a possibilidade da mudança nos paradigmas sociais, em virtude da dinâmica ganha-ganha que é característica da mediação.

No tempo em que a atuação habitual junto ao Poder Judiciário evidencia o formalismo, a excessiva normatividade, a particularidade adversarial do litígio, o pouco diálogo, o perde-ganha, o poder de deliberação do Magistrado, a atuação requerida na aplicação dos métodos consensuais, evidencia a cooperação, o diálogo, o ganha-ganha, a escuta-ativa, bem como a interdisciplinaridade, a empatia e a convergência. A efetivação da mediação e demais métodos consensuais de resolução dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário reivindica uma atenção ainda mais ampla, pois eles se mostram com uma lógica diferente do tradicional processo judicial. (MAIA; CARVALHO, 2014, p 12.).

A sociedade como um todo, por sua vez, é beneficiada com as pesquisas da área de humanas, pois tem a oportunidade de conhecer um pouco mais sobre os casos familiares e seus desdobramentos dentro da mediação. A busca constante por alternativas para judicialização dos fatos decorrentes do rompimento familiar, tal como a mediação no direito de família, vem

transformando ainda mais a convivência dessas famílias e contribuindo para a transformação social das pessoas.

No Brasil, alternativas de resolução consensual de conflito estão sendo empregadas em nossa sociedade há pelo menos vinte e três anos, para que questões de várias ordens possam ser resolvidas de maneira mais ágil e consensual, aliviando o sistema judicial brasileiro, excessivamente moroso. A mediação entre particulares, foi regulamentada como ferramenta obrigatória de resolução de conflitos, trabalhado com um terceiro neutro em relação ao conflito e capaz de facilitar a comunicação entre as partes. Experiências demonstraram que, por meio da comunicação não violenta entre as partes e da negociação os envolvidos no conflito conseguem requerer direitos e chegam a acordos mais satisfatórios em suas conversas empoderadas, o que ratifica a importância da mediação para atender às necessidades das famílias brasileiras como alternativa viável. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p 02.).

A mediação é um recurso de solução de conflitos, no qual um terceiro neutro e com capacitação apropriada facilita a comunicação entre as partes, sem aconselhar ou sugerir quanto ao mérito, proporcionando o diálogo participativo, pacífico e efetivo, permitindo a idealização de uma solução adequada ao interesse das próprias partes. Por meio de metodologias próprias, utilizadas pelo mediador, possibilitando a mediação, identificação do conflito vivenciado e suas prováveis soluções. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 9).

A atuação profissional da mediação, geralmente, “permite o desenvolvimento do protagonismo, isto é, fortalece a capacidade das pessoas averiguarem situações e tomarem decisões firmes sobre si mesmas”. A interlocução da mediação, por seu turno, é um espaço comunicativo pelo qual contribuirá com o objetivo de que os próximos mediadores desempenhem com maior autonomia seu papel de intérpretes na resolução do conflito. (SPENGER, 2010, p. 97).

Desse modo, o judiciário vem investindo em capacitação de profissionais do Direito, também como em magistrados, servidores e técnicos do judiciário, para terem a formação adequada em mediação, com o intuito de desafogar o sistema de justiça. Portanto, a mediação vem sendo uma alternativa para barrar os litígios que por vezes se arrastam por vários anos nas varas de família e cria-se, assim, um sistema que consegue diminuir os conflitos ocasionados dos rompimentos familiares.

A formação de mediadores, no território brasileiro, representa um ponto essencial para a adequada efetivação desses mecanismos de solução de conflitos, ágil e competente. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em novembro de 2010, estabeleceu a constituição de centros e de núcleos de solução de conflitos nos tribunais brasileiros, dispôs ainda sobre a capacitação, aperfeiçoamento e treinamento dos envolvidos no procedimento de implementação dessa atividade – mediação judicial – entendendo a capacitação como parâmetro para a atuação dos mediadores no Poder Judiciário. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 2).

Devendo, investir-se na qualificação para que se entenda adequadamente as formas consensuais de resolução dos conflitos, as suas finalidades, implementando e realizando-os conforme as regras, tendo como objetivo a solução adequada de conflitos familiares, o estabelecimento dos vínculos individuais e coletivos, possibilitando uma sensação de justiça e paz. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 3).

O profissional do Direito, que atuará com foco na mediação, precisa ser um profissional receptivo a mudanças, à escuta ativa e ao reconhecimento do diálogo, perfil que encaminha-se a uma formação educacional jurídica reacionária ainda viva em escolas superiores de Direito do País, o qual recusa transformações facilmente e mesmo assim é muito resistente a comunicação com outras ciências ou ramos do conhecimento. Com a finalidade da adequada inserção da prática dos métodos consensuais de resolução de contendas externa ou internamente campo do Poder Judiciário, os cursos superiores, além das técnicas de mediação, precisam discutir a nova interpretação da Justiça, do Direito e do conflito. (NALINI, 2009, p. 30).

A qualificação dos mediadores, de forma a torná-los mais atentos ao diálogo na mediação, se mostra extremamente necessário e os torna mais abertos as modificações familiares, sobretudo para lidar com as complexidades que as dissoluções conjugais trazem as famílias. Assim, busca-se implementar estratégias e técnicas de mediação mais eficazes que os tradicionais métodos judiciais para diminuir os atritos decorrentes da separação. Portanto, mediadores bem qualificados tornam a mediação mais eficaz e fazem com que os participantes do conflito deixem de lado a adversariedade, e passem a colaborar mutuamente um com o outro garantindo um ganho mútuo na resolução do conflito familiar.

O autoconhecimento das profundas mudanças sociais e da complexidade das relações familiares requer estudos acerca da situação familiar e da convivência entre pais-filhos, nos dias de hoje um desafio a enfrentar. frequentemente dissoluções matrimoniais, bem como as diferentes organizações da família, compondo-se famílias monoparentais ou recompostas, alavancaram a necessidade de estudos sobre a dinâmica desses convívios, assim como o progresso de estratégias e técnicas que admitam minimizar os conflitos e sofrimentos derivados de perdas, separações e rupturas nas ligações familiares, que procuram o Judiciário para sanar os conflitos decorrentes dos processos de alimentos. (CÚNICO; ARPINI, 2019, p. 2).

Nessa sequência, um estudo sistemático sobre as etapas de uma atividade de fala corporativa, tal como a mediação, poderá auxiliar os profissionais envolvidos a compreenderem essa tarefa, monitorarem e orientarem as ações dos participantes como as suas ações, para poderem alcançar os propósitos da atividade de forma satisfatória, baseado no que é relevante pelos envolvidos na indagação. Embora não sejam rígidas, as fases da mediação são significativas para a compreensão do modo comunicativo, visto que sinalizam as categorias de ações dos participantes. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 5.).

Em prol de um tipo de mediação mais sábia, em que se valoriza o dizer do outro sobre suas questões, conclui-se que o tipo de atividade em estudo deverá ser construído considerando os objetivos da atividade e, principalmente, acolhendo as demandas dos participantes da relação. As colocações dos autores caminham ao encontro da perspectiva adotada no presente trabalho no que se alega às fases da entrevista de mediação. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 6).

Assim, o mediador terá a tarefa de amenizar possíveis embates acalorados que por ventura surgirem durante o processo de escuta na mediação familiar, desse modo, conseguirá preservar o processo de mediação nos moldes

a que foram estabelecidos e trará segurança aos participantes, mas sem tomar parte na construção do acordo elaborado pelas partes em conflito.

Nessa perspectiva, considerando que na Vara da Família ligações parentais de incapazes e bem-estar encontram-se comumente em questão, torna-se indispensável que a mudança nas convivências conflituosas se efetive, uma vez que a continuidade no convívio entre os envolvidos e as sensações, sentimentos e elos afetivos que constituem o sujeito no mundo estão em combate quando um mediador se depara na atividade de mediação com os participantes nesse contexto. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 7).

Com formação rígida, os profissionais do Direito tendem a ter dificuldades em compreender as necessidades das pleiteadas pela sociedade, exigindo condutas adequadas ou consensuais das soluções dos conflitos. Contexto este que apresenta a comunicação não violenta, como principal ferramenta na resolução do problema, que com base a cooperação, se organiza com a escuta-ativa, o ganha-ganha, a participação ativa e soberania da decisão das pessoas ali envolvidas. Existe assim um choque de veracidade. De um lado uma proposição que requer uma formação interdisciplinar, que fortalece as partes na solução do conflito familiares, aposta no diálogo, estimula a cooperação e a ressignificação dos conflitos; de outro a argumentação da formação normativa, não dialogada, autoritária, adversarial e litigiosa. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 4).

Para que aconteça esse diálogo, interativo e verdadeiro, é recomendado que o mediador ajude os mediados a chegarem à origem do conflito, conforme fala de mediação afirmando-a como um instituto que caminha até o fundo de distúrbios, encontrando assim a base geradora de um eterno estado de combate conosco e com os demais de nosso convívio, possibilitando um reencontro transformador. (WARAT, 2001, p. 32).

Portanto, na mediação são esperados que o mediador haja de modo a diminuir os atritos ali manifestados pelos envolvidos, mediante técnicas, e respeitando os princípios que regem a mediação, levando em consideração as peculiaridades de cada participante. Desse modo, a rigidez manifestada nos formados em Direito deve se sobrepor ao modo mais amigável, com escuta atenta e imparcialidade diante dos casos concretos de mediação familiar, beneficiando assim o desenvolvimento da mediação e conduzindo os participantes para um acordo em que ambas as sejam beneficiadas.

No tempo em que a atuação habitual junto ao Poder Judiciário evidencia o formalismo, a excessiva normatividade, a particularidade adversarial do litígio, o pouco diálogo, o perde-ganha, o poder de deliberação do magistrado, a atuação requerida na aplicação dos métodos consensuais evidencia o diálogo, a cooperação, o ganha-ganha, a escuta-ativa, a empatia a convergência, a interdisciplinaridade. A efetivação da mediação e dos demais métodos consensuais de resolução dos conflitos junto ao Poder Judiciário exige uma atenção ainda mais ampla, pois ela se apresenta como uma lógica diferente do tradicional processo judicial. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 12).

Foram analisadas e discutidas as seguintes fases: conhecendo os participantes; esclarecendo as regras do jogo; combinando a próxima etapa; historiando o conflito; e entendendo o processo. Sendo assim, percebeu-se que as fases determinadas nas interações analisadas, possibilitarão o processo de definição e categorização. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 15).

É importante salientar que a etapa em estudo se apresenta, até agora, por ser o momento que o mediador exercita a escuta ativa das narrações. Tendo em vista que as emoções surgem à tona nessa etapa da entrevista, temos que se aproveitar desse momento para conseguir a maior quantidade de informações sobre o conflito que envolve o ex-casal e, dessa forma, perceber o grau da relação entre os envolvidos, compreendendo em que circunstância é possível estabelecer os ajustes e acordos. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 16).

Fica evidente que a formação adequada do mediador contribuirá para uma elucidação com mais facilidade dos desejos e anseios dos mediados, de modo a prevenir falas adversariais e conflitos inesperados dos participantes da mediação.

Analisando os trechos dessa fase, discute-se, se representa o centro da interação, entre outros fundamentos, por ser o ambiente onde os integrantes podem desenvolver sua narração a respeito das questões do conflito. Proporcionar locais e estimular os participantes a relatar suas dores, sentimentos e mágoas em um ambiente de Vara da Família, é descortinar, uma tática discursiva/interacional para consolidar a mediação como uma ferramenta possível para o empoderamento do indivíduo e, conseqüentemente, transformação dos familiares e suas relações. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 16).

A mediação requer a participação dinâmica dos mediados e deve possuir a frente um mediador que conheça as técnicas que facilite a busca de uma melhor solução, sendo essencial que o mediador faça uma investigação, mediação, ainda mais aprofunda. (VEZZULA, 2001, p. 24).

Se verdadeiramente “dizer é fazer”, digo, que a linguagem, muito além do que representar o mundo em que habitamos, é o próprio meio ao qual construímos, modificamos e preservamos o mundo, humano e não humano, dotando-o de características intrinsecamente performativo –, as escalas de fala são o espaço conceitual pelo qual o sujeito exerce o protagonismo da fala. De outro modo, cada turno de fala é largamente contextualizado pelo que veio anteriormente e pela projeção de expectativas de comportamento relevante para o que virá após. As ações realizadas tornam-se em um turno de fala, deste modo, o foco de estudo do protagonismo neste escrito, em concordância com a posição adotada por Schegloff (1995). De fato, essas posições se coincidem com as visões de Greatbatch e Dingwall (1994), tal qual é em turnos de discurso que devemos localizar nossos elementos para podermos estudar o comportamento da comunicação de todos os participantes da mediação familiar. O exame do protagonismo na linguagem tem que ser feita, sendo assim, com atenção especial ao ambiente sequenciado a qual a linguagem é usada e ao episódio que um turno de discurso corrente revela, como a conduta é composta (o que foi entendido, o que anteriormente disseram), projetando expectativas em relação ao que dito será no turno seguinte, como ação considerável em resposta. (AUSTIN, 1962.).

Por conseguinte, o mediador, conhecedor dos processos e princípios que regem a mediação familiar, fara com que o êxito esperado na mediação seja alcançado e mostrará aos participantes que há outras formas mais amistosas de resolver os problemas que não a via judicial.

A mediação de conflitos apresenta variações em seus princípios, porém alguns possuem unanimidade de ideias entre os estudiosos: competência do mediador, não competitividade, liberdade das partes, poder de decisão das

partes, informalidade do processo, participação de terceiro imparcial, sigilo no processo e confidencialidade. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 9).

Oportunizar espaços e encorajar os integrantes a narrar suas angústias, sentimentos e mágoas em um ambiente de Vara da Família é uma estratégia que fortalece a mediação como espaço robusto e possível para o empoderamento dos indivíduos e, conseqüentemente, transformação dos laços familiares. Na análise dos fragmentos dessa fase, aborda-se que ela representa o centro da interação, entre outras razões, por ser um espaço no qual os participantes podem ampliar sua narrativa em consideração aos pontos do conflito. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 16).

Não queremos, desse modo, defender nem enaltecer o mediador, mas sim discutir o espaço concedido atualmente, por intermédio da lei, ao efetivo e exercício do protagonismo na vida dos envolvidos, assim como postulam os manuais de direito. Não obstante já houvesse na época conflitos acerca da necessidade da mediação como forma de destravar o sistema jurídico brasileiro, indispensável para a ampliação dos modelos de resolução de conflito, de modo que a mediação aqui examinada é resultado da convicção do mediador no modelo revolucionário da mediação. Sua formação em Direito e atuação em uma unidade de justiça, juntamente com o seu conhecimento na área do Direito, levaram-no ao exercício desse trabalho complexo quanto à busca da transformação entre partes em desacordo e das relações familiares em conflito. (CORTES; SANT'ANNA, 2017, p. 24).

O exercício do afastamento do judiciário frente aos conflitos familiares, desde que não haja violência por parte dos envolvidos, no caso concreto, diminui substancialmente o trabalho nas varas de família, que terá a seu dispor mais tempo para se dedicar aos casos mais complexo do cotidiano das varas, casos esses como o estupro de vulnerável, a alienação parental e etc.

Com certeza, sabemos que há urgência para que os sujeitos de direitos sejam refeitos; no entanto, a mediação propõe-se a superação de conflitos, profundamente necessária em relações constantes envolvendo crianças. Justifica-se, desse modo, dentro dessa direção no Direito brasileiro de diminuição da interferência do Estado na vida do indivíduo, que a mediação é o ambiente pedagógico para que o indivíduo se torne protagonista das suas decisões e consiga, com isso, enfrentar os conflitos que aparecerem ao longo da sua vida social e familiar. Tal premissa indaga o atual modelo de mediação amparado no sistema judiciário brasileiro, retornado unicamente para a minimização da morosidade da Justiça. A mediação – distintivamente dos outros modelos de resolução de conflitos, assim como a conciliação, exemplo – atua na transformação da intercomunicação entre os sujeitos em discórdia, e não na busca de um acordo. (BARBOSA, 2014, p. 8).

Ao longo do processo de mediação, a obediência aos princípios é essencial para a condução adequada e eficiente. As pessoas devem estar livres para escolher o procedimento de mediação e deter o poder de deliberação durante o processo. A fim de que o mediador facilite a comunicação, é imprescindível que ele seja neutro e capacitado, tendo que ser escolhido ou aceito pelos mediados, permitindo que o processo seja conduzido com confidencialidade, informalidade e sigilo. (MAIA; CARVALHO, 2014, p. 9).

Na mediação, as desavenças passam por um procedimento que vai além da sua solução e que possibilita a pacificação das relações familiares. A mediação objetiva, por meio de suas características, além da solução amigável

de conflitos, a continuidade e a pacificação e o restabelecimento de vínculos e das relações coletivas e individuais. Consoante esse raciocínio, definimos o conflito como “desejar assumir posições que possa entrar em oposição aos propósitos do outro, que abrange uma luta por causa de poder e que sua finalidade pode ser nítida ou oculta detrás de uma postura ou discurso acobertado”. (VENEZZULA, 2001, p. 24).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação no processo de pensão alimentícia repercutiu significativamente no trato com as ações familiares e na necessidade de o judiciário brasileiro reverter o crescente volume de demandas judiciais envolvendo as famílias no tocante a separação, divórcio, pensão e guarda dos filhos. Os conflitos oriundos de tais relacionamentos, conturbados, por vezes, não tiveram reparação por entrarem na via judicial adversarial o que causou o rompimento definitivo das famílias.

Visando atenuar os efeitos catastróficos da destituição familiar, a mediação se mostrou como o meio pertinente que o judiciário deveria seguir, em virtude de reverter os conflitos expostos pelas partes na sala de audiência, pois facilitaria o diálogo entre as partes. Nessa esteira, a mediação vem revertendo as situações constrangedoras que uma sentença judicial muitas vezes traz, em acordos satisfatórias em muitos dos casos, pois as partes envolvidas têm autonomia para buscar as melhores soluções que compatibilizem suas necessidades e interesses.

Mecanismos de atenuação dos efeitos do rompimento familiar como a mediação, vem sendo utilizados como modelo de supressão de efeitos danosos no direito de família, em virtude de serem mais eficazes e céleres na resolução dos problemas decorrente do rompimento familiar. A mediação se mostrou adequada e fundamental nos processos de redução e aumento das respectivas pensões alimentícias, na regularização e estabelecimento, bem como na retirada quando o caso concreto evidencia tal oportunidade de revisão, sem desembocar para o conflito.

A relevância da temática da mediação no direito de família, introduziu nas academias de Direito, a possibilidade de reverter as mais diversas situações de conflito familiar, através da mediação, tendo como chave o estudante de Direito, que teve a oportunidade de vivenciar as novas tendências de resolução dos conflitos familiares por meio da mediação. Mostrou-se, na presente pesquisa, que o judiciário brasileiro vem fomentando as atividades de mediação, através do Conselho Nacional de Justiça, o que tem contribuído com o surgimento de diversos centros de mediação em nosso País. Por fim, as atividades de mediação fomentadas pelo Poder Judiciário por intermédio de seus parceiros, vem mudando a forma de se lidar com os conflitos familiares nos centros de mediação dos estados, o que vem contribuindo significativamente com a mudança de comportamento até dos profissionais mais tradicionais do poder judiciário brasileiro.

Por fim, ficou demonstrado a mudança no tratamento dos casos associados ao conflito familiar e que a mediação como método inovador ainda precisa ser aprofundada devido a relevância do tema.

Referências

BARBOSA, A. A. Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceria necessária. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 1, p. 20-36, 2014.

CUNICO, Sabrina Baiana et al. Psicologia e mediação familiar em um núcleo de assistência judiciária. **Boletim de Psicologia**, São Paulo, vol. LXII, n. 137, dez. 2012.

GAGO, Paulo Cortes; SANT'ANNA, Priscila Fernandes. O protagonismo na linguagem na mediação familiar judicial. **Revista Brasileira de Linguística Aplicada**, Belo Horizonte, vol. XVII, n. 4, Dec. 2017

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019a.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019b.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019c.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019d.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019e.

GREATBATCH, D.; DINGWALL, R. The interactive construction of interventions by divorce mediators. In: FOLGER, J. P.; JONES, T. S. (Ed.). *New directions in mediation: communication research and perspectives*. Thousand Oaks: **Sage Publications**, 1994. p. 84-109.

HORST, Claudio; TENORIO, Emily Marques. Reflexões sobre a inserção profissional de assistentes sociais na conciliação de conflitos e mediação familiar. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n.CXXXV, Aug. 2019.

NALINI, José Renato. Conselho Nacional de Justiça: um marco no poder judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano XIII, n. 310, p. 28-30, 15 dez. 2009.

PINTO, Simone; GOUVEA, Guaracira. MEDIAÇÃO: SIGNIFICAÇÕES, USOS E CONTEXTOS. **Ens. Pesqui. Educ. Ciênc. (Belo Horizonte)**, Belo Horizonte, vol. 16, n. II, Aug. 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus

desafios. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 69, p. 255-279, Dec. 2014.

SCHEGLOFF, E. Discourse as interactional achievement III: the omni relevance of action. **Research on Language and Social Interaction**, v. 28, n. 3, p. 185-211, 1995.

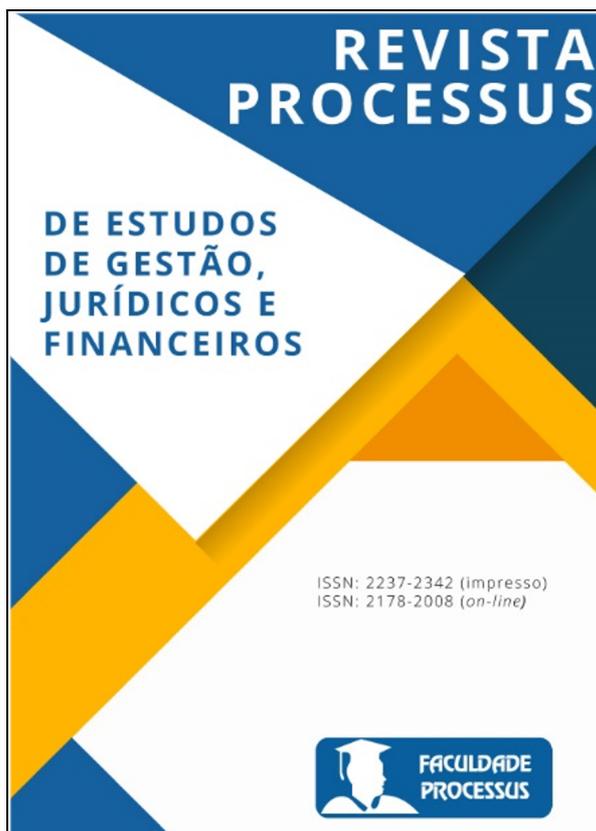
SPENGER, F. M. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: **Edunisc**, 2010.

SILVA, M.L. (2009). Mediação familiar: Em busca da preservação dos vínculos parentais. In: D.M. Arpini (Org.), **Psicologia, família e instituição**. (pp. 29-54). Santa Maria: Editora UFSM.

TRINDADE, J. (2004). **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

VENNEZULLA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. Curitiba: **Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil**, 2001.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: **Habitus**, 2001.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A INEFICÁCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS¹

Violence against women and the ineffectiveness of protective measures

*Marinalva Vieira da Conceição²
Elienay Kadesh Rosa Assunção³
MSc. Jonas Rodrigo Gonçalves⁴*

Resumo

O tema deste artigo é Violência contra a mulher e a ineficácia das medidas protetivas. Investigou os seguintes problemas: As medidas protetivas são suficientes para sanar o problema? A Lei Maria da Penha é aplicada devidamente? Cogitou a seguinte hipótese: O sistema tem buscado melhorias, mas as medidas protetivas parecem não serem suficientes para acabar com a raiz do problema. O objetivo geral deste artigo é analisar os efeitos das medidas protetivas em relação à violência conjugal contra a mulher. Os objetivos específicos são: Checar o índice de violência contra a mulher, listar diferentes manifestações de violência, encorajar mulheres na

¹Este artigo contou com a revisão linguística de Roberta dos Anjos Matos Resende.

²Marinalva Vieira da Conceição é Graduando(a) em Direito pela Faculdade Processus.

³Graduando em Direito pela Faculdade Processus. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4511-0652>. E-mail: cibeledadesh@hotmail.com

⁴Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor.

busca de mudança no âmbito familiar. Este trabalho é de grande importância devido à finalidade de aplicação de medidas suficientes para facilitar o combate contra este tipo de violência, apostando na redução de agressões, estupros e Femicídio. É uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Violência doméstica. Medidas protetivas. Medo.

Abstract

The theme of this article is Violence against women and the ineffectiveness of protective measures. Investigated the following issues: Are protective measures sufficient to remedy the problem? Is the Maria da penha Law properly applied? He considered the following hypothesis: The system has been looking for improvements, but the protective measures do not seem to be enough to end the root of the problem. The general objective of this article is to analyze the effects of protective measures in relation to marital violence against women. Specific objectives are: Check the rate of violence against women; list different manifestations of violence; encourage women to seek change in the family environment. This work is of great importance because of the purpose of applying sufficient measures to facilitate the fight against this type of violence; betting on reducing aggression, rapes and femicide. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Domestic violence. Protective measures. Fear

INTRODUÇÃO

Todos os dias surgem novos casos como o de Maria da Penha Fernandes, motivo do batismo da lei homônima, que passou a ser conhecida mundialmente no ano de 1983. Maria da Penha, cearense, farmacêutica, o ato violento contra ela ocorreu enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda, disparado por seu marido agressor, o disparo atingiu sua coluna e a deixou paraplégica. Este drama levantou uma bandeira de luta, na esperança de construir um mundo melhor (CUNHA, 2018, p.7).

Aumenta no Brasil os números de violência contra a mulher, alvo de diferentes formas de abuso. O número de mulheres agredidas traz reflexão sobre a lei Maria da Penha, pois as medidas protetivas parecem insuficientes para sanar o problema, com o surgimento da lei Maria da Penha, problemas foram superados, mas não avançamos como esperávamos.

O problema começa comumente no seio familiar. De acordo com Oliveira (2015, p.197), estudos apontam que os principais autores da violência doméstica são os companheiros e ex companheiro das agredidas

É fundamental pensarmos em uma maneira mais eficaz de reduzir o índice de violência contra as mulheres. Diante dos muitos casos de violência, as medidas protetivas são suficientes para sanar o problema? A lei Maria da Penha é aplicada como deve?

Devemos reconhecer que poucas são as ações para diminuir ou eliminar qualquer tipo de violência no ambiente familiar, em vista disso, permanecemos o país mais violento do mundo, passamos a fazer parte do debate público. Para Silva, 98 % das queixas são de mulheres vítimas dentro do próprio espaço doméstico. A violência contra a mulher tornou-se mais violenta, mesmo existindo vários

atendimentos especializados e programas de atendimento à vítima (SILVA, 2007, p.94).

A hipótese levantada frente ao problema em questão é a de que o sistema tem buscado melhorias, mas as medidas protetivas parecem insuficientes. A Lei Maria da Penha por si não resolve o problema.

De acordo com Oliveira (et al 2009, p.1041), em estudo realizado na região metropolitana de São Paulo, em dezenove serviços de atenção primária a violência contra a mulher tem como o principal agressor o parceiro íntimo. Em 45,3% dos casos, a violência física ou sexual foi cometida pelo parceiro.

As que passam por agressão física correspondem a 20%. Além desse tipo de agressão, 50% são vítimas de violência psicológica, 20% sofreram violência sexual e 10% de cárcere privado. (LETTIERE et al., 2011, p.4).

Segundo JESUS (2015, p,17), As avaliações desses processos demonstram, entretanto, que, mesmo com leis específicas sobre violência doméstica, dialeto jurídico continua apresentando diversos problemas para enquadrar a situações.

O objetivo geral deste artigo é analisar os efeitos das medidas protetivas em relação à violência no âmbito familiar contra a mulher. Colaborar para que 606 casos de violência doméstica e 164 estupros por dia, diminuam. Luta que milhares de mulheres sofrem todos os dias, tornando-se comum em todas as classes sociais, de forma alarmante e assustadora, permitindo que o medo tome conta da situação.

Inúmeras vezes o medo interrompe as ações das mulheres para transformar o cotidiano vivido. As agredidas se tornam reféns constantes da violência, mas mantém a esperança de que o companheiro mude (OLIVEIRA et al 2015, p.199).

Os objetivos específicos são: Checar o índice de violência contra a mulher, listar diferentes manifestações de violência, encorajar mulheres na busca por mudanças no âmbito familiar e a união dos profissionais para que haja mudança em relação ao número de vítimas.

Diversas profissões são de extrema importância no combate à violência doméstica e no acolhimento às vítimas. De acordo com Oliveira (et al,2009, p.148), é necessário que todos os profissionais trabalhem em conjunto, trocando informações, e projetos decididos e compartilhados pelas mulheres envolvidas, dando atenção integral às mulheres em situações de violência.

Este trabalho é importante por enriquecer com conhecimento e acrescentar novas ideias, novos projetos buscando melhorias para mulheres vítimas de agressão física, sexual e psicológica. Violências cometidas pelos próprios parceiros íntimos. A importância deste artigo para a ciência é agregar melhorias, com novos projetos devido o aumento da violência contra a mulher. Este trabalho fundamental para a sociedade devido ao propósito de aplicar medidas suficientes ao combate da violência, apostando na redução de agressões, estupros e Femicídio.

O presente trabalho é uma pesquisa qualitativa construída por meio de artigos jurídicos, revistas jurídicas, livros, jurisprudências, com duração de seis meses, para ter entendimento de diversos autores sobre o assunto, e obter maiores informações coletando dados mais indispensáveis sobre o tema. O campo de investigação buscou focar nos serviços de segurança pública e de saúde que dão suporte à mulher violentada (LETTIERE, 2011, p.4).

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A INEFICÁCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS

Infelizmente a violência doméstica presenciada pelas crianças pode produzir efeitos terríveis anos mais tarde. Para Oliveira, testemunhar agressões físicas, sexuais e psicológicas entre os pais, ou sofrer violência na infância é importante

fator de risco de violência para meninas como para meninos na vida adulta (DOLIVEIRA et al.2009, p.1041).

De acordo com Jesus (2015, p.9)," o agressor geralmente desempenha várias personagens no sistema em que a criança e o adolescente estão inseridos: avô agressor, pai agressor, companheiro agressor, irmão e filho agressor".

Estatísticas comprovam que as mulheres sofrem mais violência por parte de entes queridos do que por pessoas alheias ao seio familiar.

Lettiere deixa claro que o maior risco de as mulheres serem violentadas são pessoas próximas, da própria família, mais do que estranhos, observando que na maioria das vezes o agressor é o próprio cônjuge (LETTIERE, 2011, p.2).

A violência doméstica sempre existiu de forma escondida, restrita ao ambiente doméstico. Com a da Lei Maria da Penha em vigor, houve a quebra do silêncio, trouxe um mecanismo integrado de proteção à mulher, criando formas de coibir e prevenir a violência doméstica.

Esse avanço não foi suficiente para tirar o Brasil da quinta colocação no grupo dos países que mais matam mulheres no mundo. Infelizmente o Brasil enfrenta níveis alarmantes que precisam ser estudados de diversas maneiras. As causas são incertas, entretanto é preciso repensar o comportamento agressivo e gerar punições mais justas.

É considerável destacar que a ignorância acerca do conceito de violência familiar e dos serviços de acolhimento às mulheres são fatores de extrema relevância. Segundo Silva (SILVA; COELHO; CAPONI,2007, p.102) a ocultação de informações ainda é presente em todas as categorias, tanto em relação às formas de violência que acontecem no dia a dia, como à existência de serviços de atendimento às vítimas".

A insegurança das mulheres quanto às garantias de proteção do Estado inibe atitudes necessárias diante do problema. As razões que levam as vítimas a não denunciar seus parceiros acontece por incerteza acompanhada por medo de novas ameaças e agressões (OLIVEIRA, 2015, p.197).

Por esses motivos devem denunciar seus parceiros caso sofram qualquer tipo de agressão. A violência doméstica contra a mulher deve ser acompanhada desde o início, criando mecanismos que atendam às necessidades das vítimas, evitando que a agressão se agrave. Assim, poderiam ser evitados crimes decorrentes da relação conjugal, e não a agressão física quando a vítima procura a delegacia, muitas vezes abalada psicologicamente e machucada fisicamente.

Segundo Lettiere (et al.,2011, p.2 e 7), todo ano mais de um milhão de mulheres perdem suas vidas e muitas outras são impactadas por lesões, resultantes da violência doméstica, comunitária e coletiva. Apesar dos avanços nos últimos anos, mulheres enfrentam dificuldades em denunciar, romper o silêncio e superar a violência sofrida.

A violência contra as mulheres ganhou visibilidade nas últimas décadas devido ao caráter destruidor sobre a saúde e a cidadania das mulheres, problemas que necessitam de esforço de trabalho em rede (JESUS,2016, p.8).

É importante que toda a sociedade, inclusive seus representantes, reconheça a situação. É fundamental pensarmos em uma forma mais eficaz de reduzir o número de violência contra as mulheres, que vem crescendo nos últimos anos. A face das mulheres é a parte favorita dos parceiros íntimos agressores, há relatos de socos, e raramente casos de chutes. Na maioria das vezes que o braço ou a mão foi atingida, foi porque a agredida tentou defender o rosto (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p. 6).

É necessário sensibilizar e ressaltar a importância dos profissionais para o atendimento dessas mulheres. Tanto para notificação, quanto para a mobilização de outros profissionais (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p.9).

Não simplesmente briga de marido e mulher, é preciso maior investimento na prevenção. A aplicação da lei deve ser um comprometimento de todos, pois se manifesta contra mulheres no cotidiano repetidamente, causando humilhações, vergonha e revolta. Por ser uma violação de direitos humanos e de liberdades fundamentais, precisa ser denunciada, ter punições mais rígidas e ser observada de maneira sensível. Atualmente, as vítimas de ofensores e outras formas de brutalidade podem contar com projetos de apoio na resposta de seus problemas familiares, tanto governamentais quanto não-governamentais (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.94).

De acordo com Jesus (2015, p.9), há no Brasil instituições de apoio às vítimas, serviço de apoio e casas abrigo, mas há também grande problema com agressores soltos, ou de volta para o âmbito familiar, onde as vítimas temem ameaças, novas agressões, e violência sexual. Este contexto provoca traumas físicos e psíquicos, entre vários outros problemas. As vítimas mais frequentes são mulheres, crianças, pessoas com deficiências físicas e mentais e as de terceira idade (2015.p, 9).

A situação tem piorado em termos quantitativos, apesar da legislação tentar contê-la. São cada vez mais severas as agressões físicas, ocasionando mortes ou graves sequelas, impossibilitando as vítimas de trabalhar. Está cada vez mais desumano a violência doméstica contra a mulher, mesmo contando com atendimento especializado (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.94).

Como as penas são minúsculas no direito penal brasileiro, em muitos casos as agressões continuam. A Prioridade no mundo jurídico são os mutirões, para diminuir o número de processos, não importando a resolução dos problemas das vítimas, que muitas vezes não são bem recebidas como deveriam.

A assistência de saúde é a primeira porta para o acolhimento efetivo da mulher vítima de agressão. Para Oliveira, há necessidade de os profissionais de saúde terem uma abordagem diferenciada, pois muitos passam por situações parecidas que devem ser acolhidas sem exposição (DOLIVEIRA et al., 2009, p.1042).

Os profissionais inseridos nos atendimentos que atendem as vítimas, certamente, se deparam com contextos de violência doméstica que, primeiramente, manifestam-se de modo mudo, tanto que, muitas vezes, não são sequer percebidas (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.99).

Uma abordagem especial é a técnica da conversa primária, escuta e orientação distinta com o intuito de impedir a violência contra a mulher na saúde. Ações podem ser determinadas e realizadas pelo conjunto de profissionais no determinado local onde a violência ocorre (DOLIVEIRA et al., 2009, p.1042 - 1048).

Para diminuir as agressões conjugais e evitar que se estendam ao Femicídio é preventivo que desde a primeira agressão, verbal ou física, haja denúncia. A retirada da queixa dificulta o avanço da prevenção.

A segurança é prioridade. Quando as mulheres enfrentam problemas relacionados à violência há a necessidade de interação com os conceitos que mantém guardados, e as relações no âmbito familiar, que podem ser de risco ou de proteção (LETTIERE et al., 2011, p 6).

O controle do agressor sobre a vítima desorganiza totalmente a vida familiar e particular, tornando-a repleta de transtornos e sofrimentos. Há múltiplas formas de expressar a violência sofrida pelas mulheres (OLIVEIRA,2015, p.201).

Os homens que espancam suas esposas também são violentos com os filhos. Assim, os filhos tendem a reproduzir a agressividade ou agindo semelhante o agressor contra outros quando crescem.

As marcas da violência não desaparecem das mentes das crianças. Ameaças feitas à vida ou aos filhos deixam sequelas emocionais e físicas na relação entre a agredida e o agressor (OLIVEIRA, 2015, p.197).

Em 90% dos casos as agressões são cometidas pelo atual parceiro íntimo, e em 10% dos casos o agressor foi o ex-companheiro, 50% apenas viviam com o companheiro, 20% eram casadas e 30% não vivia mais com o companheiro (LETTIERE et al., 2011, p.4).

Foram 4,8 mortes de mulheres para cada grupo populacional de 100.000 pessoas. Segundo a Organização Mundial do saúde, trata-se de uma verdadeira epidemia de violência desfavoravelmente contra as mulheres (BARIN, 2016, p.221).

Novos casos surgem todos os dias, alguns são transmitidos pela mídia. A violência doméstica continua apresentando efeitos negativos para enquadrar as situações, segundo dados de pesquisa junto a institutos estatísticos oficiais e trabalhos doutrinários.

Para ilustrar os efeitos terríveis dessa violência lembremos os casos de abuso contra menores de 16 anos e os casos de tentativa de suicídio, nesses a emergência cumpre seu papel, entretanto a postura dos serviços é distinto nos casos de violência contra a mulher (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p.8).

Os dados confirmam os estudos, segundo Deslandes, de 21 denúncias 77,6% dos agressores pertenciam ao grupo de companheiros, as agressões, a maioria delas é praticada 83,3% das vezes no ambiente da residência (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p.4).

A atenção inicial exige definir os instrumentos e matérias no trabalho do dia a dia dos profissionais (DOLIVEIRA et al., 2009, P.1041).

É essencial para a reflexão do entendimento das relações de poder de gênero no contexto doméstico. O sistema penal continua enfrentando o problema com mera atribuição de pena, mostra-se insuficiente para interferir, pois há a possibilidade de o agressor apresentar como consequência a injustiça. As ações que podem ser destacadas como preventivas são as conversas informativas em escolas de ensino fundamental, médio e universidades, apresentando os direitos das vítimas e o serviço de apoio existente (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.102).

Há outros tipos de violência que não a convencional e talvez por isso não recebam a devida atenção da sociedade. A violência psicológica, por exemplo, deve ser levada em consideração, pois é o ponto inicial que provoca toda a violência doméstica e caso seja contida servirá para a redução das demais agressões (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.101).

O cuidado com as vítimas da violência conjugal deve ser próximo e constante. As mulheres agredidas precisam de escolta com atenção integral, junto a seus agressores para diminuir o número de ocorrências na saúde e na vida da mulher (OLIVEIRA, 2015, p.201).

Direcionar a vítima ou ter condições de compreender que a violência psicológica ainda não evoluiu para os demais tipos, percebendo-a em estágio inicial, é eficaz na redução de sua evolução e na busca de soluções e mecanismos legais, fortalecendo a mulher agredida (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.96).

Como já referido anteriormente, a maioria das agressões acontece no ambiente familiar, na intimidade do lar. Taxas mostram que a maioria das violências, mesmo a sexual é realizada pelo parceiro (DOLIVEIRA et al., 2009, p.1040).

É necessária uma ampla rede de apoio de vários ramos profissionais e órgãos estatais. Todos os profissionais podem ser educadores de direitos humanos e prestar apoio às agredidas, prevendo moradia, creche, escola, que são elementos fundamentais para uma vida livre de sofrimentos e agressões (DOLIVEIRA et al., 2009, P.1041).

A violência contra a mulher cresce a cada dia, por motivos fúteis como drogas, álcool, discriminação de gênero, violência física, psicológica e sexual. A lei isoladamente não altera o índice de violência que é revoltante. Essa questão viola direitos humanos e constitui grande problema de saúde pública. Nesse aspecto, destacam-se a violência sexual e física praticadas por parceiro íntimo (OLIVEIRA, 2015, p.197).

Não raras vezes a peregrinação da mulher procurando por solução é triste e solitária. Em busca de ajuda transita do silêncio para o grito de socorro. Um caminhar que requer cuidado no processo de modificação pessoal e nas condições sociais (LETTIERE et al., 2011, p.5).

Para que ocorram mudanças há a necessidade de criação de novas ações direcionadas aos segmentos sociais visando corrigir a desigualdade, como a Delegacia da Mulher, que foi uma das iniciativas que alteraram a situação das agredidas, instaurando o aumento das punições a agressões contra as mulheres no âmbito doméstico. Mas a dependência financeira e o medo são os principais motivos para não efetuar denúncia (OLIVEIRA et al., 2015, p.197).

É comum que as mulheres agredidas não saibam exatamente a quem procurar ou onde encontrar ajuda. Lettiere (et al 2011, p.4) confirma que as vítimas recorrem a outras instâncias da rede, como o setor da segurança, como a Delegacia da Mulher.

Há a necessidade de novos projetos para punir agressores de forma mais rígida, com tratamento diferenciado que possibilite equilibrar as desvantagens sociais, pois a violência doméstica vem fortalecendo outras formas de violência. A mulher vítima de violência que busca socorro médico sente medo e vergonha ao revelar a origem das agressões sofridas (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p.4).

A violência doméstica é um problema complexo que exige sensibilidade, habilidade e sutileza dos profissionais de atendimento. Segundo Oliveira, as agredidas querem desabafar de forma sigilosa, sem exposição e julgamento dos profissionais. (DOLIVEIRA et al., 2009, p.1044).

A violência necessita de mais estudo para que o profissional da saúde tenha um olhar em busca de entendimento integral, conhecendo os problemas vividos e as experiências presentes no cotidiano da mulher (OLIVEIRA et al., 2015, p.202).

As causas precisam ser acompanhadas cuidadosamente, é preciso reconhecer a deficiência do sistema policial na efetiva proteção das mulheres, para que não haja preconceito, mas apoio. Qualquer mulher está sujeita a esse tipo de violência.

Para Silva, o ponto inicial que deflagra toda a violência doméstica é a violência psicológica. Causa a destruição da autoestima, prejudica o desenvolvimento da pessoa e a identidade. Inclui ameaças, chantagens, exploração, humilhações, exigir cobrança de comportamento, discriminação, causa isolamento das atividades sociais de familiares e amigos. A violência psicológica é muito frequente, e vários fatores podem contribuir ao suicídio. Caso seja refreada, serve para a diminuição das demais agressões (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p. 96 e101).

É importante realçar que a violência psicológica não afeta somente a mulher agredida, também os filhos e todos os que convivem ou presenciam a situação de violência. Como consequência os filhos tendem a proceder de forma semelhante no futuro (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.98).

Diante disso, precisamos repensar medidas mais eficazes. Um projeto em que haja a implementação da reeducação para agressores e vítimas de violência doméstica. É comum que a violência doméstica envolva diretamente crianças, bem como adolescentes como vítimas diretas.(DOLIVEIRA et al., 2009, P.1049).

É de grande utilidade e de principal importância a forma como o autor elenca os principais reações penais sobre violência doméstica e familiar contra a mulher.

Vale salientar que a violência psicológica está em todas as três categorias. Categoria de violência doméstica física e psicológica foi criada por intermédio do relato das vítimas por meio do qual eram narrados por profissionais(SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p .98).

É necessário um ensino adaptado à realidade regional e social desde a infância para aqueles que são impactados pela violência dentro de casa. São questões que precisam ser colocadas em prática dentro das escolas, respeitando o gênero dentro e fora dela, trazendo reflexos bons na sociedade.

De acordo com Lettiere (et al., 2011,p.7), os profissionais que lidam com as mulheres agredidas devem contribuir no aprimoramento do modo de cuidar da mulher nessa situação.

Talvez devido à divulgação de campanhas educativas, percebe-se um aumento da disposição das vítimas de violência doméstica em acionar ajuda e não permanecerem sozinhas como se tivessem culpa da injusta agressão. Há a relativa disponibilidade das mulheres agredidas em relatar o ocorrido, o que suscita, por outro ângulo, a oportunidade perdida de desempenhar diante desses casos e, por outro, a surdez das fundações em atender tais providências (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p.8).

Há a esperança de que os objetivos se transformem em realidade que os profissionais envolvidos direta e indiretamente possam contribuir com ética e comprometimento, tentando diminuir a violência, pois são muitos os preconceitos existentes.

A preparação psicológica é essencial tanto para o agressor como para a mulher agredida. A violência estrutural e de comportamento é sofrida principalmente pela mulher. Limitando o direito de ir e vir (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000 p, 130).

Aos primeiros sinais de agressão que o agressor doméstico manifesta e que, também que isso não ocorra em todos os casos, pode gerar um a violência aguda grave (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p.99).

A Lei Maria da Penha precisa ser suficiente para interceder no problema, com recursos e projetos para revigorar a prevenção e a resposta à violência por parte do parceiro, incluindo a prevenção primária.

O artigo 5º da lei 13.340/2006 afirma que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause sofrimento, sexual, psicológico, moral ou patrimonial que cause morte no ambiente da unidade doméstica, compreendida como o espaço de união permanente de pessoas, com ou sem ligação familiar, inclusive o esporadicamente agregadas. No âmbito da parentela, compreendida como a sociedade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por raízes naturais, por afinidade ou por entusiasmo expressa. Em qualquer conexão íntima de afeto, na qual o ofensor

conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Relações pessoais independem de orientação sexual (CUNHA, 2018, p.384).

As medidas protetivas da violência doméstica estão previstas na lei 13.340/2006, a lei 13.642/2018 que atribui a PF investigação de crimes que propaguem ódio ou aversão às mulheres, a lei 13.641/2018 e a lei 13.505/2017 atendimento policial e pericial especializada a mulher.

A violência doméstica contra a mulher viola e fere os mais básicos direitos individuais fundamentais, além de atentar à dignidade da pessoa humana e afetar a qualidade de vida não só das partes envolvidas, como da comunidade em geral, a ponto de exigir a intervenção do Estado no enfrentamento do problema (BARIN, 2016, p.39).

Que o trabalho da violência contra mulher seja para encorajar as mulheres vítimas buscando não somente o alívio da dor (DOLIVEIRA et al., 2009, P.1042).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema investigado foi a violência contra a mulher e a ineficácia de medidas protetivas no âmbito familiar, que cresceu nos últimos anos.

Os que nos faz refletir: As medidas protetivas são suficientes para acabar com a raiz do problema? A Lei Maria da Penha é aplicada como deve?

A hipótese levantada foi a de que o sistema tem buscado melhorias, mas as medidas protetivas parecem insuficientes. É inacreditável que os números de violência contra a mulher cresçam todos os dias.

O objetivo geral foi analisar os efeitos das medidas protetivas. Como se observa, a lei sozinha não resolve e nem diminui o problema. A violência praticada por quem deveria proteger dela é cada vez mais comum entre as mulheres, proporcionando um triste fim.

Os objetivos específicos foram checar o índice de violência contra a mulher, e listar diferentes manifestações de violência. A violência praticada por quem deveria proteger, é cada vez mais comum entre as mulheres.

Essa pesquisa foi relevante devido à finalidade para opinar medidas suficientes para favorecer o combate a este tipo de violência, apostando na redução desde a ameaça, para evitar agressões, estupro e Femicídio.

Todo dia acontece violência contra a mulher, tem sido fácil assassinar no Brasil. Para que haja a diminuição da violência são necessários novos projetos, com profissionais da saúde, segurança pública e a vítima, criando mecanismos que atendam às necessidades de quem passa por isso.

A violência contra mulheres é talvez a mais vergonhosa entre todas as violações dos direitos humanos. Enquanto prosseguir não poderemos dizer que progredimos efetivamente e em sentido à igualdade, à melhoria e a paz (JESUS, 2015, p.7).

Referências

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 7. ed. Brasília: JRG, 2015.

OLIVEIRA, Patrícia Peres de et al. Mulheres vítimas de violência doméstica: Uma abordagem Fenomenológica. **Revista Enfermagem**. Ano 2015, V. 24, n.1, p.196-203.

LETTIERE, Angelina et al. Violência doméstica: as possibilidades e os limites de enfrentamento. **Revista Latino-americana de Enfermagem**. Ano 2011, V. 19, n. 6, p.1421-1428.

DESLANDES, Suely F.; GOMES, Romeu; SILVA, COSME, Marcelo Furtado Passos. Caracterização dos casos de violência doméstica contra a mulher atendidos em dois hospitais públicos do Rio de Janeiro. **Cadernos de Saúde Pública**. Ano 200, v. 16, n.1, p.129-137.

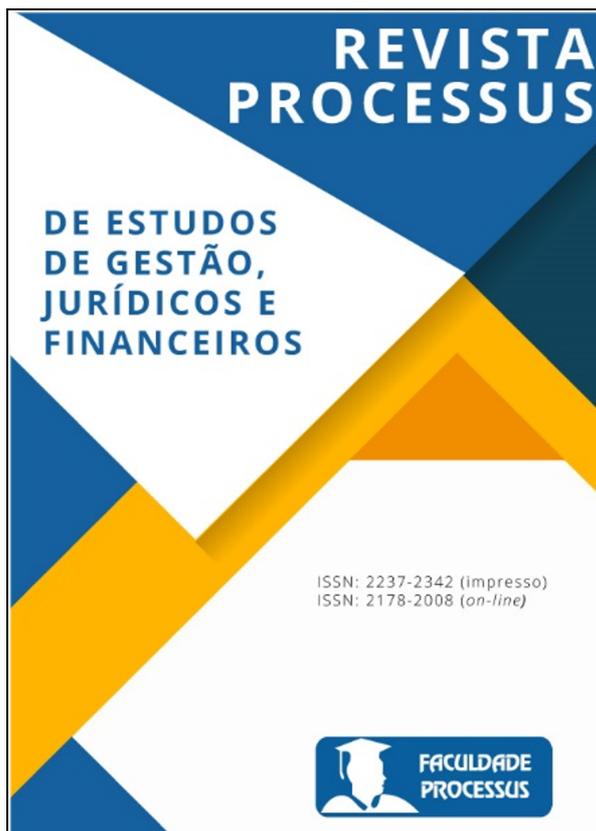
SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Revista Interface - Comunicação, Saúde, Educação**. Ano 2007, v. 11, n.21, p.93-103.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas et al. Atenção integral à saúde de mulheres em situação de violência de gênero: uma alternativa para a atenção primária em saúde. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. Ano 2009, V.14, n.4, p.1037-1050.

JESUS, Damásio de. **Violência contra mulher: Aspectos criminais da lei 11.340/2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 104 p.

BARIN, Catiuce Ribas. **Violência Doméstica contra a mulher: Programas de intervenção com agressores e sua eficácia como resposta penal**. Curitiba: Juruá, 2016. 221 p.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha 13.340/2006**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 384 p.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

A CONFIGURAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE DANO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

THE CONFIGURATION OF THE NEW DAMAGE CONCEPTION BY THE THEORY OF LOST OPPORTUNITY

*Rafaella Nunes Augusto Gomes¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²*

Resumo.

O tema deste artigo é a incidência da responsabilidade civil na Teoria da Perda de uma Chance por intermédio de uma nova concepção de dano caracterizado pelo dano emergente (o que a vítima realmente perdeu) e pelo lucro cessante (o que efetivamente deixou de ganhar). Envolvendo a questão de probabilidade do resultado futuro pelas chances e oportunidades perdidas ao se analisar como seria o

¹Graduanda em Direito pela Faculdade Processus-DF, Brasil. CV: <http://lattes.cnpq.br/6571244248387195>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3122-3824>. E-mail: rafaellanag@gmail.com

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Fasesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br.

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus-DF, Brasil. rafaellanag@gmail.com

desenrolar dos fatos. Investigou-se o seguinte problema: “Como se configura a nova concepção de dano na teoria da perda de uma chance?”. Cogitou-se a seguinte hipótese: “A nova concepção de dano na Teoria da Perda de uma Chance se configura a partir da discussão entre ganhos emergentes e lucros cessantes por intermédio de perda de oportunidades potenciais ou iminentes.” O objetivo geral é: “Analisar a nova concepção de dano configurado na teoria da perda de uma chance”. Os objetivos específicos são: “Caracterizar a relevância perda de chances e oportunidades com ato ilícito e/ou dano patrimonial; “demonstrar as amplas áreas do direito que podem ser apreciadas pela Teoria da Perda de uma Chance”; “selecionar casos jurisprudenciais clássicos sob percepção de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance”; “apreciar os atributos e requisitos da Teoria da Perda de uma Chance”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido à relevância que a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance tem no Direito brasileiro, apesar da forte resistência às inovações trazidas sob a nova concepção de dano, a qual permeiam danos emergentes e lucros cessantes. A reparação civil por intermédio da perda de chances possibilita melhor compreensão de danos extensíveis, de difícil comprovação, e suas pretensões tuteladas da forma mais justa e ampla possível. Preservando garantias e direitos individuais, para a ciência, é relevante porque demonstra a necessidade de conhecimento das diversas situações abrangidas pela Teoria da Perda de uma Chance, bem como os ramos do Direito alcançados por ela. É relevante como a doutrina e a Jurisprudência tratam o assunto, recente e inovador, muitas vezes desconhecido, porém quando aplicado de corretamente, com todos os requisitos preenchidos pode ser de grande sucesso entre os juristas brasileiros. Agrega à sociedade por abranger situações em que o indivíduo se vê impedido de conquistar vantagem ou evitar prejuízo pelo ato ilícito de terceiro. Basicamente, a perda da chance é a frustração de uma oportunidade almejada caso não fosse interrompida pelo ato lesivo de outro, dessa forma gera o direito de indenização. A chance deve ser real e séria, e a indenização proporcional à obtenção de sucesso que a vítima possuía na época do fato. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Reparação civil. Dano. Indenização. Tutela de direitos e garantias individuais. Perda de chances.

Abstract

The theme of this paper is the responsibility incidence on the theory of the loss of a chance through a new conception of damage characterized by emerging damage (what the victim actually lost) and loss of profit (which effectively failed to win). Involving them in the question of the likelihood of future outcome by the chances and opportunities lost in analysing how the facts unfolded. The following problem was investigated: "How is the new conception of damage configured in the theory of the loss of a chance?" The following hypothesis was considered: "The new conception of damage in the theory of the loss of a chance is formed from the discussion between emerging gains and lost profits through the loss of potential or imminent opportunities." The overall goal is to "Analyse the new conception of damage configured in the theory of the loss of a chance". The specific objectives are: "To characterize the relevant losses of chances and opportunities with illicit act and / or property damage; "Demonstrate the broad areas of law that can be appreciated by

the theory of the loss of a chance”; “Select classic jurisprudential cases under the perception of applicability of the theory of the loss of a chance”; “Appreciate civil redress for lost chances in Brazilian courts.” This work is important from an individual perspective because of the importance that the applicability of the theory of the loss of a chance has in Brazilian law, despite the strong resistance to the innovations brought under the law. A new conception of damage that permeates emerging damages and lost profits enables a better understanding of extensible, difficult-to-prove damages and that their claims can be safeguarded as fairly and broadly as possible. For science it is relevant because it demonstrates the need for knowledge of the various situations covered by the theory of loss the of a chance, as well as the branches of the law reached by it. It is important to know how doctrine and jurisprudence deal with the subject, being something recent and innovative, often unknown, but if applied seriously and correctly, with all the requirements fulfilled can be very successful among Brazilian lawyers; It adds to the society because it encompasses situations in which the individual is prevented from gaining an advantage or avoiding harm due to the illicit act of a third party. Basically, the loss of a chance is the frustration of a desired opportunity if it had not been interrupted by someone else's harmful act. Thus, generating the right to compensation. Thus, the chance must be real and serious and the compensation proportional with the victim's chance of success at the time of the fact. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Civil repair.2. Damage 3. Indemnity 4. Protection of individual rights and guarantees 5. Lost of chances.

Introdução

A teoria doutrinária da perda de uma chance tem sua origem na França e, apesar de não ser instituto largamente aceito na lei civil, sua adoção é recorrente, e construtiva, referência na doutrina e jurisprudência brasileira como solução de litígios que envolvem a responsabilidade civil, reparação e indenização de danos e proteção patrimonial. Contudo, apesar da crescente aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicabilidade da teoria causa controvérsia e contestações. É importante frisar os quatro conceitos relevantes: responsabilidade civil, indenização, dano patrimonial e Jurisprudência brasileira (CARNAÚBA, 2012, p.2).

Em primeiro lugar, a técnica da responsabilidade civil pela perda de uma chance submete uma visão diferenciada sobre o dano a partir do deslocamento temporal ou cronológico. A reparação não consiste na devolução à vítima do status quo no qual se encontraria caso não ocorresse o efeito danoso, (um futuro incerto) mas consiste em restituir o momento no qual a pessoa se encontrava antes deste evento (um passado certo). Estas recomendações reforçam o conceito sobre deste artigo, ou seja, a perda de uma chance não deve ser vista como criadora de um novo instituto de prejuízo, mas tão somente técnica de deslocamento da reparação. Essa técnica acarreta primordialmente o deslocamento relativo ao interesse reparável, retira o foco da vantagem aleatória desejada transformando-a na vontade de analisar a oportunidade perdida (CARNAÚBA, 2012, p.9).

Este trabalho responde clara e objetivamente o seguinte problema: “Como se configura a nova concepção de dano pela Teoria da Perda de uma Chance?” Como não há previsão expressa da teoria da perda de uma chance em legislações brasileiras, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aceita a admissão da

indenização por essa nova concepção de dano, inovação e compreensão de que o dano indenizável deve evoluir conforme a sociedade (AMARAL; PONA, 2014, p.8).

O instituto da reparação civil pela perda de uma chance consiste em situações nas quais o indivíduo tem seu direito violado pelo ato ilícito de terceiro, sendo omissivo ou comissivo, regra geral de responsabilidade civil já positivada. Para ser pacificamente acatada na Jurisprudência brasileira é preciso aceitar e preencher os requisitos que a própria teoria traz para configuração do dano como chance concreta. É preciso confirmar a existência e adequação dos julgados brasileiros referentes ao tema e a posição da doutrina, que apesar de não ser pacífica, há a concordância de que a Teoria da Perda de uma Chance pode ser utilizada como resolução de litígios sobre responsabilidade civil (NASCIMENTO; NETTO, 2018, p.8).

A nova concepção de dano pela Teoria da Perda de uma Chance ocorre a partir da discussão entre ganhos emergentes e lucros cessantes por intermédio de perda de oportunidades potenciais ou iminentes é uma hipótese a ser avaliada. Os danos patrimoniais estão correlacionados aos conceitos e configurações dos danos emergentes (o que se perdeu) e os lucros cessantes (o que deixou de ganhar). E sob a ótica da discussão de ambos institutos a teoria da perda de uma chance traz uma nova concepção de dano, acatando os danos para reproduzir uma indenização possível, proporcional e séria da oportunidade perdida à época do fato. Como por exemplo, o indivíduo que teve seu processo extinto sem resolução de mérito pela falta de interposição de recurso de seu advogado, que perdeu o prazo, teve seu direito violado quando perdeu a oportunidade de lograr êxito na demanda. Assim como o que ganharia se tivesse tido êxito (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2019, p.15-16).

Um dos exemplos em que cabe a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance ocorre quando um advogado não interpõe um recurso no prazo legal ou descuida na produção de provas, que caso fossem realizadas seriam benéficas ao cliente. Assim, quando há grande possibilidade de evitar o prejuízo e a perda, tendo uma suficiente probabilidade de ocorrência, gerará indenização da própria chance, ou seja, a reparação será fundada na natureza da chance de o evento ocorrer e não calculada no valor do prejuízo que a vítima obteve. No caso exposto, o pensamento não deve ser pautado na hipótese de a parte lograr ou não êxito no processo, mas na frustração da chance de participar, um possível êxito por culpa de um terceiro. Alfredo Orgaz, civilista argentino, interpreta a perda da chance afirmando que o ato ilícito de um agente bloqueia diversos outros atos que ocorreriam em cadeia, os quais conduziram ao benefício de outra pessoa, e causa um dano, um prejuízo que deve ser reclamado pelo prejudicado com força na indenização pela perda que poderia ser evitada (ROSÁRIO, 2008, p.5)

O objetivo geral deste trabalho é a análise da nova concepção de dano introduzida por intermédio da Teoria da Perda de uma Chance na Jurisprudência. Pela compreensão das chances frustradas qualificadas em interesses violados indenizáveis referenciados por casos nacionais e estrangeiros é possível analisar alguns acórdãos que dizem a respeito à esta teoria permeando entre os tribunais do TJDF e TJSP. Tanto as aplicações no Direito brasileiro quanto as decisões contra esse instituto, e o porquê da não aplicabilidade entre os juristas brasileiros.

Segundo Sérgio Savi, a nova modalidade de responsabilidade civil é regra que nem toda oportunidade perdida deve ser levada ao judiciário, mas àquela em que for maior que 50% a probabilidade de vitória da vítima em relação aos acontecimentos, a indenização deve ser pautada nos princípios de razoabilidade e

proporcionalidade sobre a viabilidade de conquista da vantagem esperada (MARINOTO, Denise; CASALI, Éllen, 2012, p. 5)

É possível encontrar a aplicabilidade dessa teoria num dos casos em que uma estagiária teve reparação civil depois de aceitar proposta empregatícia de uma empresa concorrente, e logo após, ser dispensada. E do vereador, que teve sua conquista de mandato eletivo impedido porque uma rádio anunciou de má-fé que a candidatura deste havia sido cassada, perdendo oportunidade de vitória. Há estes e outros casos nos quais os tribunais vêm adquirindo visão favorável da teoria para o benefício do ordenamento jurídico brasileiro, já que o Direito acompanha as inovações sociais (MARINOTO, Denise; CASALI, Éllen, 2012, p. 9).

A nova concepção de dano é um importante instrumento de auxílio aos cidadãos para manutenção das relações sociais, para equilibrar a indenização proporcionalmente aos fatores incidentes. Ampara os que não encontram legislação expressa a favor da pretensão do agente. Por intermédio do direito comparado italiano e francês, a doutrina e Jurisprudência brasileira construíram a compreensão de casos concretos para a validade e eficácia jurídica. E desta forma, pela relevância do positivismo brasileiro aceita a Teoria da Perda de uma Chance mesmo sem norma jurídica expressa (NASCIMENTO; NETTO, 2018, p.6).

O problema da aceitação da Teoria da Perda de uma Chance está em supor que a nova concepção de dano é mera expectativa. Contudo, não se mencionam quaisquer chances, estas devem ser prováveis e com porcentagens notórias. Para a ciência, restitui perdas em relação a um dano não imediato e incerto e traz bagagem que atinge integralmente a vítima, prejudicando-a. A relevância científica desse processo é ajudar e concretizar responsabilidades civis com direitos lesados que passam despercebidos (MARINTO; CASALI, 2012, p.2).

O dano patrimonial na Teoria da Perda de uma Chance relaciona os diversos aspectos do Direito, como os danos morais aos direitos da personalidade, a ofensa à honra pode acarretar abalo psicológico irretratável. A ofensa à saúde pode causar danos parciais ou totais, reparáveis ou irreparáveis à vítima. A ofensa à integridade física traz despesas de tratamento e a perda da capacidade laboral da vítima. É a partir destas e outras consequências que o tema é abordado e relevante à sociedade atual.

Os tipos de pesquisa abordados neste trabalho foram dois, dedutivo e de procedimento. O tipo dedutivo é utilizado em diversas áreas como a filosofia, educação e leis científicas. Aborda condições necessárias para proposições verdadeiras, parte de hipóteses já existentes (axiomas) com o intuito de comprovar teorias, ou seja, o cabimento da Teoria da Perda de uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro pela análise de casos já existentes, premissas de responsabilidade civil, dano patrimonial etc. O procedimento refere-se a três subseções como a histórica, comparativa e monográfica e de estudo. Além do instrumento de pesquisa que foi utilizado pela documentação indireta, artigos científicos sobre o tema pela revisão de literatura. O tempo gasto para produção deste artigo científico foi de um mês para leitura de textos originais de 9 artigos científicos, bem como a seleção dos trechos e confecção de paráfrases.

A pesquisa informa e produzi conteúdo para explicar a Teoria da Perda de uma Chance aplicada no Brasil, e como deve proceder ao método qualitativo. A metodologia secundária é a quantitativa, porque busca resultados que possam ser quantificados, como por exemplo, o cálculo da indenização em relação à perda da chance. Ocorre por meio da coleta de dados sem instrumentos formais e estruturados, de maneira mais organizada e intuitiva pelo procedimento decisório.

Por ser uma pesquisa teórica o trabalho tem embasamento fundamentado na Teoria da Perda de uma Chance por intermédio de artigos científicos e livros doutrinários.

A metodologia científica atende uma série de questões como o tempo utilizado para a realização deste trabalho, o tipo de pesquisa já mencionada, o autor do texto, as formas de tabulação e trato de informações, e todo o processo percorrido para a produção do artigo. A base deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial permeando um estudo aprofundado sobre o conhecimento da Teoria da Perda de uma Chance no Brasil. Assim, a metodologia é o caminho percorrido para construir o artigo (SANTOS; FILHO, 2012, p.186 e GOLÇALVES, 2015, p. 39).

A CONFIGURAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE DANO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O conceito de dano, na teoria da perda de uma chance deve ser visto como a diferença entre o valor patrimonial antecedente e o consecutivo ao fato ocorrido para garantir sua importância. O objeto da lesão que não for embasado em valor patrimonial não tem relevância sob panorama jurídico e não pode ser considerado. É necessário que o dano tenha causado algum tipo de prejuízo. No ordenamento jurídico brasileiro a reparação deve ser observada não apenas na indenização *stricto sensu*, mas também, pela análise *in natura* (SILVA, 2015, p.1)

A certeza é atualmente o elemento mais importante do prejuízo reparável, a doutrina afirma com frequência, e as razões dessa eminência são facilmente compreensíveis, a responsabilidade é um instrumento para a reparação de prejuízos sofridos. Por isso, é inadmissível configurar a indenização se o bem lesado não tiver valor econômico. O conceito de responsabilidade civil abrange o de reparação de forma intrínseca e conseqüentemente seu objetivo compreende os institutos de interesses lesados (SILVA, 2015, p. 2).

De maneira geral não há interesses subjetivos que não possuam valores econômicos. A primeira obrigação deve ser a reparação *in natura* que é o dano emergente/ imediato, aquilo que efetivamente se perdeu, e posteriormente analisar o cabimento de *lucrum cessantes*, instituto que calcula o que a vítima deixou de ganhar, a situação em que estaria caso o dano não ocorresse (SILVA, 2015, p. 2).

É possível que a vítima seja atingida em um de seus interesses, sem que haja depreciação equivalente de seu status quo. Isto ocorre quando o demandante se queixa de que a conduta do réu o teria impedido de auferir lucros, ou obter outra vantagem qualquer, os chamados lucros cessantes. Um dos questionados pelo significado da nova concepção do dano trazido pela teoria está em seu significado, na quantificação da indenização e em como é apresentada no Brasil.

Os magistrados ficam num dilema de responsabilidade civil ao decidir esses casos. A princípio, não é possível responsabilizar uma pessoa pela reprovação em um concurso, nem mesmo outra por perda de prazos processuais, pois desse modo afirmaria que a vítima obterá o resultado desejado. Em contrapartida, é verídico que deve haver reparação pelo dano gerado, pois sua rejeição pontuaria que a outra visão estaria correta, imputando falsidade ao que a Teoria da Perda de uma Chance protege. A técnica traz o empasse claro entre direito e incerteza, porque o Direito procura e embasa-se em provas reais e concretas, a única certeza está em saber que a vítima não obteve e não obterá o resultado esperado. E a partir disso, a perda do resultado aleatório desejado jamais constituirá um prejuízo certo sob o ponto de

vista jurídico, assim a nova concepção deste dano está concretizada em institutos aleatórios (CARNAÚBA, 2012, p.2).

A prática jurídica pressupõe alcançar o resultado esperado, certificada pelo pensamento de que a não realização deste desfecho provoca um prejuízo certo sofrido pela vítima e realizado pelo réu. Ou constata por intermédio de análise das decisões recentes dos tribunais brasileiros que muitas vezes o pedido da Teoria da Perda de uma Chance é negado por não implicar prejuízo. É dado poder ao magistrado para definir se cabe ou não a referida teoria, partindo de uma seara completamente intuitiva (CARNAÚBA, 2012, p.5).

É por essas razões que nos casos da perda de chances pela Jurisprudência francesa e na Jurisprudência brasileira, a certeza está pautada na chance que a pessoa tinha de obter o resultado. É errado responsabilizar o réu pelo resultado que ocorreria, pois é impossível provar o fato. A indenização é representada pelo valor patrimonial das chances certas e probabilidades efetivas da vantagem desejada, calculada por meio de porcentagem. Para entender essa explicação claramente, basta pensar se é provável acertar uma questão quando possui quatro alternativas, a chance é de 25%. A solução está na chance de obter o esperado (CARNAÚBA, 2012, p.2).

Esse método nem sempre é adequado, pois há controvérsias e uma delas é uma atitude omissa, aquela que deveria acontecer configurada como um instituto atípico na responsabilidade civil. No curso do nexos de causalidade, o terceiro que interromperia e causaria o dano já contextualizado acima, deixa de impedir e provoca a mudança dos acontecimentos. Por exemplo, na seara médica quando o profissional erra um diagnóstico, prorroga um tratamento, posteriormente o paciente piora a saúde e morre. O evento morte é irreversível, e nesses casos a omissão impediu que o paciente tivesse a chance de cura ou sobrevivência, caracterizando a Teoria da Perda de uma Chance.

Para visualizar essa nova concepção de dano há alguns exemplos e casos que retratam a aplicabilidade da teoria, como a perda de uma chance de cura de um recém-nascido portador de apneia que reproduziu parada cardiorrespiratória e quadro de morte, sem diagnóstico. O advogado que de forma negligente não interpõe recurso tempestivo, da ausência de informações acerca de diagnósticos, tratamentos de doenças e seus riscos podem causar consequências irretratáveis. Ou no direito do trabalho quando o empregador retém a carteira de trabalho do antigo funcionário e declina a chance de novo emprego etc. (ROSÁRIO, 2008, p.1)

É imprescindível ressaltar a diferença entre o dano hipotético e o dano futuro certo ou altamente provável, visto que a responsabilidade civil apenas se consubstancia no último. Em outros termos, o magistrado apenas reconhecerá o direito à pretensão indenizatória quando restar provado nexos de causalidade entre a conduta do sujeito ativo do ato ilícito e a perda concreta de oportunidades ou chances. Não há que se falar, por conseguinte, de amparo judiciário de responsabilidade civil lastreado meramente em perdas hipotéticas pouco prováveis (ROSÁRIO, 2008, p.8).

Como consequência do parágrafo anterior, é congruente afirmar que as construções jurídicas que preconizam a restauração e medidas compensatórias relativas à perda de uma chance têm suporte nas fontes do Direito, face às omissões legais, principalmente por interferência da analogia e dos princípios gerais do Direito (mais precisamente na equidade), marcados no saber jurisprudencial, bem como em teorias e doutrinas jurídicas internacionais (NASCIMENTO; NETTO, 2018, p.9).

Alguns doutrinadores e juristas defendem a não adesão à reparação civil pela perda de uma chance pela teoria. Tais danos seriam, em muitos casos, hipotéticos ou eventuais, os artigos. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance na verdade trabalha com suposições. Em alguns casos de incidência, a suposta perda contrai dúvida sobre como desemrolariam os fatos, como é o caso do corredor Vanderlei Cordeiro de Lima, que apesar de não ganhar a medalha de ouro nas Olimpíadas de 2004, recebeu honrarias muito maiores pelo que lhe ocorreu. A Teoria da Perda de uma Chance luta em prol da aceitação, há barreiras para a vítima, que fica à mercê da atitude probante da chance real e séria. Essa nova concepção de dano transpassa os danos morais e materiais e procura-se o equilíbrio.

A tendência dessa teoria foi progressiva em diversos contextos mundiais. A princípio, o caso que marcou a incidência histórica da Teoria da Perda de uma Chance na justiça francesa ocorreu em meados do século XIX, a Corte Francesa julgou em 1964 uma situação de 1957 onde houve erros graves ao diagnosticar um paciente, ocasionando um tratamento inadequado que perdurou até a morte. A justificativa foi que presunções graves e precisas para quem teve a oportunidade de impedir o dano devem ser guiadas à responsabilidade civil. A perda de uma chance foi concretizada assim, pois o médico perdeu a chance de agir de outro modo, salvando a vida (COSTA, 2012, p.3).

O ponto chave de compreensão e proveito dessa teoria no Brasil está em identificar que além da chance ser real e séria, é necessário o ato ilícito de um terceiro que impediu o prosseguimento dos fatos. Como ocorreu no Sul do Brasil, onde o bilhete da loteria foi sorteado, mas de forma negligente a atendente não registrou os números. Neste caso, a culpa é exclusiva de terceiro e a perda da chance é caracterizada. É curioso observar que esse é o único caso em que levariam o valor integral da indenização. Em regra, o cálculo da indenização é baseado em valor inferior ao que se ganharia, porque será descoberto o que ocorreria sem o evento danoso. Deve haver muita cautela perante todas as ações (COSTA, 2012, p.8).

Como exemplo fático jurisprudencial concernente à perda de uma chance, é passível de citação a participação de particular como candidato no programa midiático-televisivo de perguntas e respostas, “show do milhão”, onde ficou patente a perda de uma chance. O programa “show do milhão”, promovido pelo Sistema Brasileiro de Televisão doravante denominado SBT, consiste em sequência de perguntas, elaboradas pelo último, secundadas de forma imediata pelos candidatos, que por seu turno, a cada acerto recebiam cumulativamente prêmios em dinheiro até o valor final de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), caso contrário são eliminados. Em determinado episódio, certa candidata obteve êxito até a penúltima pergunta, onde perfez valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Todavia, o SBT, deliberadamente ou não, elaborou a derradeira pergunta, com valia de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) sem alternativa correta, o que obrigou a candidata a declinar de sua participação no programa a fim de evitar a perda do valor já acumulado. A clara perda de uma chance fez a candidata recorrer ao Poder Judiciário com o desiderato de obter indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Tal pleito foi acolhido em primeira instância. Entretanto, o SBT recorreu à segunda instância e obteve reforma da sentença de primeiro grau com redução do valor indenizatório para R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Malgrado o fato do tribunal, no seu acórdão, ter ressaltado a percepção clara da perda de uma chance, sopesou o fato da materialização da chance não ser líquida e certa, e quantificou seu valor em termos acidentais, ou seja, como a probabilidade de acerto da pergunta era de apenas 25% (uma resposta acerta entre quatro possíveis), o valor final da indenização ficou no valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), que corresponde ao produto de R\$500.000,00 reais pela cifra de 25%. Recurso Especial de nº 788.459, julgado em 08 de novembro de 2005, TJBA: acórdão de nº 50922 (COSTA, 2012, p.9).

O caso exposto alavancou a longa caminhada que a teoria da perda de uma chance perfaz até hoje no Brasil. As chances transcorrem por âmbitos desconformes no Direito, a maioria dos casos ocorre nas áreas trabalhista, advocacia, médica e família. Contudo, é verificada a possibilidade da apreciação de chance em casos específicos fora desse rol. Basta observar a chance real e séria para o mundo jurídico, a probabilidade em que o evento ocorreria, a interferência de um ato ilícito de terceiro, a busca de proteção do patrimônio. Diante dos requisitos não há óbice à magistratura quanto a apreciação da Teoria da Perda de uma Chance em análise de cada caso específico.

A teoria consiste na perda de uma oportunidade buscando proteger o direito das vítimas em receber uma indenização devida pelo agente causador quando este ocasionar, por ato negligente, imprudente ou imperito seu ou de quem seja responsabilidade sua, a perda irremediável da chance única que a vítima possuía de alcançar o que desejava (CASALI; MARINOTO, 2012, ano, p.4).

A teoria não se baseia na ideia de que deve ser indenizada a vantagem total e final que receberia a vítima caso vencesse e nada tivesse intervindo no seu destino, ou que deva receber como se tivesse conseguido chegar ao fim desejado, pelo contrário, o que é objeto de indenização de acordo com a teoria é a real oportunidade perdida de ter conseguido o que buscava (CASALI; MARINOTO, 2012, ano, p.4).

Enfim, a Teoria da Perda de uma Chance é dissímil diante do Direito brasileiro atracado por itens presumíveis. Quando não houver exatidão alguma de que as oportunidades do evento podiam ocorrer com chances superiores a 50%, não há de perda de uma chance. O resultado positivo é conjecturado e por isso a indenização será procedente apenas na certeza de que tudo realmente era possível naquele âmbito de possibilidades favoráveis (CASALI; MARINOTO, 2012, ano, p.6).

Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a terceiro. O dano é inimigo da responsabilidade civil, está no centro da obrigação de indenizar. Não haveria compensação, nem ressarcimento, se não fosse o prejuízo. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não sem danos. Em outras palavras, a atribuição de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita.

A perda de uma chance é infatigável quando há perda de oportunidade em processos que se tem ação ou omissão por advogados. Como já retratado acima, o considerado é a perda da chance de vencer e não na vitória em si. Na linha trabalhista, em um caso jurisprudencial o advogado não entrou com a ação tempestivamente. O trabalhador alegou a perda da chance de constituir êxito, e comprovou 8 meses trabalhados em serviços educacionais com sua CTPS retida pelo empregador. Nesse caso, de fato há direito constituído na possibilidade de resultado favorável ao empregado provado pela prestação de serviço, e a culpa de

um terceiro que o impediu de ao menos tentar chegar ao resultado útil desejado. É uma perfeita adequação da teoria e aplicabilidade (TORRES, 2015, p.13).

O princípio da dignidade humana pela nova concepção de dano pela Teoria da Perda de uma chance está pautado no equilíbrio entre o dano e o nexo de causalidade. Primordialmente, respeitando o princípio da dignidade humana para a proteção jurídica e indenizável de danos hipotéticos (TORRES, 2015, p.13).

A complexidade de precisar o nexo causal reside na demonstração em casos concretos. Por isso surgiram algumas teorias. A teoria da equivalência das causas, oriunda do direito penal, consagra que o nexo de causalidade será verificado quando excluindo-se mentalmente a conduta do agente, não ocorresse o prejuízo sofrido, considerando-se as causas próximas ou remotas que ocasionassem o dano. Através do método indutivo de supressão da ação ou omissão do agente, verifica-se a manutenção ou desconstrução do dano (TORRES, 2015, p.6).

Não é fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa o juiz optar por um juízo de razoabilidade, um juízo causal hipotético, que seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se o pleiteado, a título de lucro cessante, seria a consequência normal desenrolar dos fatos, se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Culpa, dano e nexo de causalidade são os três elementos que caracterizam a responsabilidade subjetiva que é a intenção precípua na análise de casos pela perda de chances ao esclarecer esses inoportunos existentes que devem ser comprovados. A teoria é confirmada pela ação negligente de um profissional da saúde e inadequada quando o paciente perde a possibilidade de cura de uma doença, ou pela perda de evitar sintomas ou piorar a situação de uma enfermidade. Assim, a responsabilidade do médico é clara (ROSÁRIO, 2008, p.3).

Na ligação entre dano e nexo causal, a mera perda de possibilidade não é a causa de um dano certo, é necessária a concretização do dano para que seja suficiente a reparação. Como um diagnóstico de vista equivocado e a consequente cegueira da vítima. O dano está claro, e deve ser indenizado. A perda da chance é a consequência de algo sólido do nexo de causalidade (ROSÁRIO, 2008, p.9).

Dentre as várias teorias sobre o nexo causal, o Direito recepcionou a da causa adequada, também conhecida por alguns como causa direta e imediata, que reporta a necessidade da causa. De acordo com essa teoria, rompe-se o nexo causal não apenas quando o credor ou terceiro é autor da causa próxima do novo dano, mas quando a causa próxima é fato natural.

Compreende-se que a tridimensionalidade é particularidade da teoria da perda de uma chance. As histórias e casos são exemplos reais da doutrina e Jurisprudência que transpassam o Direito brasileiro. As chances têm status jurídico-econômico porque apesar de uma teoria carregada de direito comparado, há preceitos normativos e legais da responsabilidade civil, de danos emergentes e lucros cessantes que levam ao cálculo da possível indenização. Não é simplesmente pela alegação desses fatores que os operadores do direito podem se respaldar para não explorar a teoria (AZEVEDO; JUNIOR, 2011-2012, p.3).

Indubitavelmente a perda de uma chance, de forma díspar da responsabilidade civil do Estado, dever ser inculpada na forma subjetiva, à luz dos ditames balizadores do Códex Civilista, mais precisamente nos seus artigos 186, 187, 927, 931, 932, 942 e 944. À guisa de exemplificação, é congruente citar o

suporte fático concreto centrado na personalidade física do corredor maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima durante a disputa da corrida de Maratona nas Olimpíadas de Atenas, em 2004. A Maratona, como sabido, é uma competição de corrida totalmente antrópica, cujo objetivo é percorrer em primeiro lugar cerca de 42,195 km (quarenta e dois quilômetros e 195 metros).

O atleta estava em primeiro lugar, distante temporalmente mais de 1 (um) minuto do segundo colocado, quando abruptamente, após atingir 36km (trinta e seis quilômetros) um espectador invadiu o espaço do trajeto destinado aos atletas se postou fisicamente perante o atleta brasileiro, segurando-o e retirando-o à força da pista. O atleta conseguiu retornar o certame, contudo, perdeu aproximadamente 20 (vinte) segundos, o que o fez perder a concentração física e mental. Em consequência, foi ultrapassado pelo segundo e terceiro colocados, fato que perdurou até o final da corrida. Vanderlei Cordeiro de Lima ficou com a terceira colocação e recebeu medalha de bronze (AZEVEDO; JUNIOR, 2011-2012, p.4).

A narrativa do parágrafo anterior expõe a perda de uma chance, visto que o desportista brasileiro possuiu a seu favor elevada probabilidade de vitória. A verossimilhança de tal assertiva encontra lugar no ponto factual de que o atleta havia concluído 36km (trinta e seis quilômetros), isto é, mais de 85% (oitenta e cinco por cento) quando foi atacado pelo espectador que o retardou tempo suficiente para impedir a materialização de sua chance de vitória. Ato ilícito com evidente caracterização dos elementos basilares da responsabilidade civil: conduta (retirada física do atleta pelo espectador agressor), nexo de causalidade (a conduta, de forma inequívoca, impediu a vitória do atleta) e o resultado danoso (a perda indubitável de materialização da oportunidade e de vitória do atleta brasileiro). Fica patente, portanto, a subsunção dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Quando os juízes condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, não querem nada além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que esta perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo dos tribunais é descartar os falsos interesses, inexplicavelmente “descobertos” pela vítima apenas quando esta propôs sua ação de reparação (CARNAÚBA, 2012, p.3).

Em face das dificuldades probatórias de estabelecer o liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final, parte da doutrina enquadra a responsabilidade pela perda de uma chance como uma mitigação teórica do nexo causal. A doutrina francesa adota a teoria da causalidade parcial, desenvolvida por Jaques Boré, principalmente na seara médica. No que respeita ao enquadramento da indenização pela perda de uma chance, há forte corrente doutrinária que a coloca como terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre um extremo e outro caberia uma graduação, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade de probabilidade.

Um casal com o objetivo de resguardar as células-tronco de seu primeiro filho que seriam recolhidas no momento do parto, tiveram seu objetivo frustrado quando, por intermédio de contrato privado, escolheram uma empresa que efetuasse a parte procedimental de armazenamento, que porventura não compareceu. Nesse caso, a chance de um possível tratamento de patologias advindas de doenças consideradas incuráveis foi interrompida e impossibilitada. Diante disso, o RESP (1.291.247) se desenvolveu pela prática da Teoria da Perda de uma Chance que pela a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino concedeu indenização à criança por dano extrapatrimonial.

Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma pode acarretar prejuízo extrapatrimonial. Nesse sentido, o avançar da tecnologia possibilitou um refinamento crescente nos métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas. O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram desmistificando o acaso e as situações aleatórias.

A Jurisprudência, como ressaltado neste trabalho, ainda não firmou entendimento pacífico acerca do novo dano configurado. Ora a indenização pela perda de uma chance é concedida em posição de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é funesto, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, com o que se finda por desfigurar a chance em realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Perda de uma Chance mostrou ser cada vez mais forte e presente no Direito brasileiro, apesar de não ser totalmente aceita e nem ter uma Jurisprudência e doutrina congruentes. Contudo, revelou uma nova alternativa para direitos prováveis e não presumíveis, que antes não eram tutelados, e agora podem ser descobertos. Pela nova concepção de dano houve o conhecimento de requisitos que se cumpridos, podem beneficiar a pessoa prejudicada.

Como se configurou a nova concepção de dano na Teoria da Perda de uma Chance? De fato, a nova concepção de dano é apenas um termo usado para identificar o liame entre os tipos de dano como o emergente e o lucro cessante, e futuramente ser enfrentado com as exigências da responsabilidade civil que provocou certo questionamento para operadores do direito e doutrinadores. Ainda assim, houve casos concretos do aparecimento da perda de uma chance que possibilitou amparo econômico à vítima.

O instituto da reparação civil pela perda de uma chance consistiu nas situações nas quais o indivíduo teve seu direito violado pelo ato ilícito de terceiro, sendo omissivo ou comissivo, o que nada mais é, do que a regra geral de responsabilidade civil que se positivou.

O objetivo geral deste trabalho foi desenvolver a nova concepção de dano configurada na Teoria da Perda de uma Chance e, que por acréscimo caracterizou a relevância de perdas de chances provocadas por ato ilícito de terceiros. Demonstrou as amplas áreas jurídicas apreciadas pela Teoria da Perda de uma Chance, selecionou contextos concretos e verídicos populares, apreciou as características além de premissas que constituíram a Teoria da Perda de uma Chance.

A mencionada teoria se tornou relevante quando ao aprofundar e estudar o tema, abriu portas àqueles que antes se viam esquecidos com danos irreparáveis. E com a introdução do tema no Brasil, possibilitou um caminho de esperanças. É moderna, é inovadora para o Direito a partir de quem acreditou que as chances perdidas podem ser tuteladas. O papel da ciência está em comprovar responsabilidades civis com direitos lesados que passaram despercebidos por muito tempo. O poder da perda de uma chance para a sociedade atual esteve na proteção de direitos de personalidade como a honra, a saúde, a integridade física, a dignidade humana. Por intermédio desses motivos a teoria tem relevância e objetivos alinhados com a responsabilidade civil positivada no Código Civil de 2002.

É válido ressaltar que não houve estudos herméticos mais aprofundados com pesquisa jurisprudencial das decisões e pesquisas mais bruscas aos doutrinadores,

mas o breve estudo possibilitou interesse e consolidou a importância que a Teoria da Perda de uma Chance pode alcançar no país. É válido e sugestível pesquisar o tema nos diversos tribunais brasileiros. Sendo o intuito deste trabalho mostrar como o direito comparado pode ser benéfico a nós.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **SCIENTIA IURIS**. 2014, Vol. 18 n. 2

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos tribunais online: Thomson Reuters**. 2012, Vol. 922, n. 450363

COSTA, Caroline Amorim; A responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance – Perte d’une chance. **Direito Izabela Hendrix**. 2012, Vol. 9, n.9

JÚNIOR, José Albenes Bezerra; AZEVEDO, Walter de Medeiros; Teoria da perda de uma chance na ótica do direito brasileiro. **Revista Científica da escola de direito**. 2011-2012, n. 1

MARINOTO, Denise Nunes. CASALI, Éllen Cássia Giacomini; Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. **REVISTA LINHAS JURÍDICAS (UNIFEV)**. 2012, Vol. 4, n. 4

NASCIMENTO, Alexandre dos Santos; NETTO; Roberto Magno Reis; Teoria da perda de uma chance: uma análise dos argumentos jurisprudenciais favoráveis à sua aceitação no Brasil. **Revista Capital Científico – Eletrônica (RCe)**. 2018, Vol. 16, n. 4.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira; A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica. **Revista da EMERJ**. 2008, Vol.11, n 43.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos tribunais online: Thomson Reuters**. 2015, Vol. 2, n. 2169

TORRES, Felipe Soares; O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**. 2015, Vol. 958.