



ISSN 2238-9741

Águia Acadêmica

**Revista Científica
do corpo discente
da FENORD**

V. 03, 2015

2015.v.03. ISSN 2238-9741

**ÁGUIA ACADÊMICA:
REVISTA CIENTÍFICA
DOS DISCENTES DA FENORD**

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni/MG

Águia Acadêmica: Revista Científica dos Discentes da FENORD	Teófilo Otoni	v.03	p. 01-184	2015
---	---------------	------	-----------	------

Águia Acadêmica: Revista Científica dos Discentes da FENORD

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Rua Teodolindo Pereira, 111

CEP 39800-151 Teófilo Otoni MG Brasil

Telefone: 33 3522 2745

aguia@fenord.edu.br

Revisão gramatical: Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli
Geraldo Barbosa do Nascimento

Revisão bibliográfica: Maria José Pereira Cordeiro

PEDE-SE PERMUTA
PIDEJE CANJE
MAN BITTET UM AUSTAUSCH
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMAND L'ÉCHANG
SI RIQUIERE LO SCAMBIO

Águia Acadêmica: Revista Científica dos discentes da FENORD/
Fundação Educacional Nordeste Mineiro. v. 1 (2013-). – Teófilo Otoni :
FENORD, 2013.

Periodicidade: Anual

ISSN 2238-9741 9741

1. Ciências Humanas 2. Ciências Sociais e Aplicadas 3. Direito 4.
Administração I. Periódicos II. Fundação Educacional Nordeste Mineiro.

CDU 34:658

Elaboração: Maria José Pereira Cordeiro - CRB/6-1945

2015.v.03.ISSN 2238-9741

**ÁGUA ACADÊMICA:
REVISTA CIENTÍFICA
DOS DISCENTES DA FENORD**

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni/MG

Águia Acadêmica:

Revista Científica dos Discentes da FENORD

DIRETOR EXECUTIVO

Ronaldo Pereira Lins

COORDENADOR GERAL IESI/FENORD

Gustavo Alves de Castro Pires

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Ma. Carolina Lins de Castro Pires (FENORD)

Prof. Ma. Cibele M. Diniz Figueirêdo Gazzinelli (FENORD)

Prof. Ma. Cristiane Afonso Soares Silva (FENORD)

Prof. Geraldo Barbosa do Nascimento (FENORD)

Prof. Me. Gustavo Alves de Castro Pires (FENORD)

Prof. Me. Hálisson Rodrigo Lopes (FENORD)

Bibliotecária Maria José Pereira Cordeiro (FENORD)

Prof. Ma. Maria Thereza Nóbrega Pereira Teixeira (FENORD)

Prof. Dr. Mauro Augusto dos Santos (UFMG)

Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (PUC-SP)

Profa. Dra. Sueli Siqueira (UFMG)

Prof. Me. Weber Bezerra Novais (FENORD)

EDITORIAL

Mais uma edição da revista “Águia Acadêmica” coroa a valorização dos trabalhos acadêmicos do IESI/FENORD. A garantia da periodicidade das publicações representa a materialidade da articulação “pesquisa, ensino e extensão”.

Os artigos aqui apresentados foram trabalhos monográficos que na maioria das vezes surgiram pela prática de interrogar a realidade a partir do conteúdo dado nas aulas ou nas atividades práticas, passaram pelo processo de pesquisa, foram apresentados para a comunidade acadêmica, fizeram parte do Seminário Permanente dos Estudos em Direito e por fim, estão aqui publicados.

Abordando temas atuais passíveis de muitos questionamentos e pesquisas, este volume traz desde “ A Autorização das biografias em face dos direitos fundamentais ao “ Parto anônimo solução para combater o abandono selvagem” e são vários os assuntos que suscitam muita discussão e estudo.

Esperamos que o nosso leitor faça bom proveito das publicações e que os nossos acadêmicos estejam motivados a utilizar este espaço para fazer circular as suas pesquisas.

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli
Editora Chefe do Conselho Editorial

SUMÁRIO

A AUTORIZAÇÃO DAS BIOGRAFIAS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
Samuel Almeida Keller	
Alisson Silva Martins	
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	26
Karina Santos Pereira	
Alisson Silva Martins	
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS	50
Beatriz Mariotti Azevedo	
Alda da Silva Barreiros	
AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE EMPREGO E RELAÇÕES DE TRABALHO	72
Lorrayne Alves	
Luis Felipe Almeida	
Daniel Rodrigues	
APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS ELETRICITÁRIOS: DIREITO OU BENESSE.....	83
João Paulo Farias Dutra	
André Luiz Peruhype Magalhães	
A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, QUANTO AOS MENORES DE QUATORZE ANOS	106
Amanda Nunes Pinheiro	
Hessen Handeri de Lima	

DEPOIMENTO JUDICIAL DE CRIANÇAS VÍTIMAS DE
VIOLÊNCIA SEXUAL: ANÁLISE DO PROJETO DEPOIMENTO
SEM DANO NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL .124

Renata Rodrigues Martins

Hessen Handeri de Lima

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO146

Máira Braga Azevedo

Cristiane Afonso Soares Silva

PARTO ANÔNIMO SOLUÇÃO PARA COMBATER O
ABANDONO SELVAGEM?166

Ariani Rodrigues Fernandes da Silva

Cristiane Afonso Soares Silva

A AUTORIZAÇÃO DAS BIOGRAFIAS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Samuel Almeida Keller¹

Alisson Silva Martins²

RESUMO: O presente estudo aborda as biografias não autorizadas do ponto de vista da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Para tanto, apresenta o conflito aparente entre direitos da personalidade e os direitos de liberdade de expressão, assegurados pelo Código Civil e pela Carta Magna, respectivamente. O estudo abordará também a manifestação recente do STF sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Biografias não autorizadas. Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal

ABSTRACTS: This study addresses the unauthorized biographies from the point of view of the horizontal effect of fundamental rights. It presents the apparent conflict between personal rights and the rights of freedom of expression, guaranteed by the Civil Code and the Constitution, respectively. On the subject recently, there was the manifestation of the Supreme Court, which will be exposed.

KEYWORDS: Biographies Unauthorized. Fundamental Rights. Horizontal Effectiveness

¹ Bacharel em Direito e egresso do IESI/FENORD

² Ex- professor do IESI/FENORD. Professor da UFJF/GV.

1 INTRODUÇÃO

A tormentosa questão da divulgação de biografias não autorizadas além de enfrentar o apelo midiático e a trivial curiosidade dos indivíduos pela vida de certas pessoas públicas foi objeto de apreciação recente pelo Supremo Tribunal Federal.

Sucedede, que o estudo em questão se finca no complexo processo de dimensionamento dos direitos fundamentais que amparam as liberdades de expressão e de informação, de um lado, e da proteção da intimidade da vida privada, de outro.

Assim, coexistência de direitos fundamentais em rota de *aparente colisão* colocaram as chamadas *biografias não autorizadas* na ordem do dia, no âmbito das discussões jurídicas. É certo que o tema longe de restringir sua relevância ao âmbito da dogmática jurídica, encerra importante dimensão *político-social* na medida em que a divulgação de certas informações sobre pessoas públicas, permite que o homem comum possa refletir sobre sua realidade, através de diferentes interpretações e perspectivas, bem como o possibilita assumir a postura ativa nos debates públicos e tomar decisões coerentes com o projeto de sociedade que pretende fazer parte. No entanto, nem por isso se pense que a pessoa pública, pelo simples fato de ter saído do anonimato, não tem o direito de estar só ou livre da censura alheia, isto é, a despeito de seu papel social a pessoa pública continua a gozar do *right to be alone* e do direito ao esquecimento, porquanto imprescindíveis ao desenvolvimento de qualquer personalidade humana.

Em relação ao cidadão comum parece existir certo consenso que o direito à privacidade e à intimidade possuem uma maior abrangência. Porém, quando se trata de personagens que têm ou que tiveram uma vida pública, a exemplo de políticos, artistas e renomados atletas, o direito à intimidade e à vida privada tem um âmbito de

abrangência mais restrito, à conta do *papel social* escolhido por esse indivíduo. Vale dizer: a trajetória de vida do homem público é sem dúvida rica fonte de reflexão social, que muitas vezes de forma insuspeita estão a indicar os valores vigentes na sociedade e quais as formas de intervenção em certas *engrenagens* são ou não tidas como legítimas naquela comunidade.

Mediante o exposto, a pesquisa traz como tema o direito às publicações biográficas *não autorizadas*, buscando entender a resposta dada pelo STF à seguinte questão: A publicação das biografias deve passar pelo crivo da autorização dos familiares ou do próprio biografado?

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a publicação das biografias, tendo em vista o direito à liberdade e o direito à privacidade. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. A primeira versa sobre as teorias de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a segunda apresenta os diversos posicionamentos sobre a prévia autorização das biografias, e por fim, a última parte traz o desfecho dado pelo Poder Judiciário ao problema.

2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No curso da história, os direitos fundamentais atuavam no sentido de proteger o indivíduo contra as arbitrárias ingerências do poder público, estabelecendo assim, na feliz expressão de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012), “*um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais*”. No seu nascedouro, os direitos fundamentais atuavam como verdadeira blindagem do indivíduo contra as investidas do Estado, atuando como importante mecanismo de *autocontenção dos poderes públicos, o Leviatã*. Sob essa perspectiva o Estado assumia a obrigação de respeitar

os direitos fundamentais dos indivíduos, nas relações travadas entre particular e o poder público.

Classicamente, as relações travadas entre o poder público e os particulares eram vistas sob o prisma da subordinação - o indivíduo é mero *sujeito de deveres* -, a denotar a posição de ascendência do Estado sobre ele (ALVES, 2012). A percepção da incidência dos direitos fundamentais na relação Estado-particular, autocontendo os poderes públicos, redimensionam o *status* do particular naquelas relações, permitindo percebê-lo não apenas como *sujeito de deveres*, mas, como também – e principalmente – um *sujeito de direitos*, portanto, de subordinado a subordinante, na medida em que os direitos fundamentais poderiam ser opostos ao próprio Estado. Os direitos fundamentais se interpõem numa relação verticalizada – Estado-particular -, com a missão de inibir as violações a direitos que vem de cima para baixo (MENDES e BRANCO, 2012).

Constatou-se, com o passar do tempo, que as lesões aos Direitos Fundamentais não ocorriam apenas por parte do Estado, mas também, pelos particulares entre si. A ideia de que não só o Poder Público oprime os indivíduos tornou-se objeto de pesquisa entre doutrinadores e juristas na Alemanha, por volta de 1950, desta forma, a tendência de constitucionalização do direito privado fez com que os Direitos Fundamentais tivessem, também, eficácia horizontal³, denominada pelos alemães de *Drittwirkung*, com aplicação nas relações de interesses particulares antagônicos(SARMENTO, 2006).

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012) destacam que a finalidade dos direitos

³ “Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não vinculam apenas relações verticais de poder que estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal.” (SARMENTO, 2010, XXVII)

fundamentais, inicialmente, era exatamente estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.

Segundo os autores:

Os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, contudo, tornaram evidente que não se poderia mais relegar o Estado ao simples papel de vilão dos direitos individuais. Percebeu-se que aos Poderes Públicos se destinava a tarefa de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração que ela própria fermentava. Deu-se conta de que o Estado deveria atuar no seio da sociedade civil para nela predispor as condições de efetiva liberdade para todos. Afinal, tornou-se claro também que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado. As razões que conduziram, no passado, à proclamação dos direitos fundamentais podem, agora, justificar que eles sejam também invocados contra particulares. Esse argumento é enfatizado por Jean Rivero, que repele a coexistência, que tacha de esquizofrênica, de duas éticas diferentes, conforme o Estado apareça, ou não, como ator na relação jurídica. ‘Escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados — diz o autor francês — seria apenas mudar de servidão (MENDES, BRANCO, 2012, e-book).

É certo que existem direitos fundamentais que foram concebidos para incidir na arena das relações privadas, tal como o direito de resposta proporcional ao agravo ou o direito ao décimo terceiro salário, não encontrando, *ipso facto*, maiores dificuldades em sua efetivação no âmbito judicial. No entanto, existem outros direitos, cuja vinculação nas relações privadas é preme de controvérsias,

especialmente porque o texto da Constituição é inconclusivo a este respeito.

Sarmento (2010) sustenta ser inquestionável a necessidade de extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, conquanto reconheça ser extremamente polêmica a forma e a intensidade desta incidência. O autor ainda enfatiza:

Nesse particular, é oportuno recordar que, diversamente do Estado, que tem que ser juridicamente limitado, o indivíduo é essencialmente livre, e a sua autonomia, numa ordem democrática constitui direito fundamental constitucionalmente protegido. Não seria aceitável sujeitar o cidadão ao mesmo regime vigente para o Estado, na qualidade de sujeito ativo dos direitos fundamentais, diante da liberdade constitucionalmente desfrutada pelo primeiro, que se apresenta como corolário inafastável de sua dignidade como pessoa humana, em oposição ao caráter intrinsecamente limitado do segundo (SARMENTO, 2010, p. 27).

Para esclarecer o conteúdo, passa-se a expor, resumidamente, as correntes teóricas que tratam da aplicação direta ou indireta, imediata ou mediata dos direitos fundamentais aos particulares. Entretanto, há correntes que ainda preconizam o direito de defesa do indivíduo apenas em face do Estado. Esta é a eficácia clássica, chamada de teoria da ineficácia horizontal, conhecida também como Doutrina da *State Action* (Doutrina da Ação Estatal). É o caso da Constituição dos Estados Unidos, que é de 1787, sendo vigente até os dias atuais, onde se tem apenas direitos de defesa do indivíduo em face do ente estatal, ou seja, os Direitos Fundamentais não podem ser aplicados às relações entre particulares (SARMENTO, 2006).

Na Alemanha, desde que haja estipulação legal, os Direitos Fundamentais podem ser aplicados nas relações privadas. Para tanto, diz Ingo Wolfgang Sarlet (2000) que a teoria da eficácia indireta ou

mediata é analisada sobre duas dimensões, que é quando se veda ao legislador editar leis que violem os Direitos Fundamentais e que nas leis que versem sobre Direitos Fundamentais, aponte-se quais deles aplicam-se às relações privadas.

A teoria da eficácia horizontal direta ou imediata fundamenta-se no argumento de que os Direitos Fundamentais são a expressão máxima dos valores adotados pelo Estado. Em razão de sua força normativa todas as normas infraconstitucionais, inclusive o Direito Privado, lhe devem obediência, assim, Canotilho (1993) entende que há congruência e conformidade normativa jurídico-objetiva do Direito Privado em relação à Constituição; não fosse desta forma, existiriam dois ordenamentos jurídicos autônomos, pois a ordem jurídica civil não estaria dentro da ordem constitucional.

Pela ascensão da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, especialmente diante de atividades que tenham um certo caráter público, a discussão sobre a prévia autorização ou não das biografias será analisada na ótica da eficácia horizontal direita.

3 A DISCUSSÃO EM TORNO DA AUTORIZAÇÃO DAS BIOGRAFIAS

O judiciário já decidiu sobre as controvérsias quanto à autorização das biografias em algumas lides marcantes. Como exemplo, a publicação da biografia escrita por Ruy Castro, de Garrincha, ex-jogador de futebol, que foi proibida judicialmente em 1995, em decorrência da ação judicial movida por suas filhas. Após um ano o livro pôde ser publicado, no entanto, em 2006 o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 521697 / RJ (2003/0053354-3), condenou a editora a pagar danos morais e matérias, sob o argumento de que não havia autorização prévia para a

publicação e pela violação à honra, ao direito de nome, imagem, intimidade e vida privada do falecido (DIAS, 2012).

Em 2007 ocorreu um dos fatos mais notórios sobre a matéria, quando, para impedir a publicação de sua biografia, fruto dos trabalhos do biógrafo Paulo César Araújo, o cantor Roberto Carlos, provocou o Poder Judiciário. A publicação e comercialização da obra está impedida até os dias de hoje, conforme decisão proferida pelo juiz da 20ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro e confirmada, em grau de recurso, pela 18ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no processo nº 0006890-06.2007.8.19.0001 (DIAS, 2012).

O Grupo Procure Saber, integrado por vários artistas, atores, músicos e compositores, coordenado por Paula Lavigne, ex-mulher de Caetano Veloso, tem se posicionado contra as veiculações bibliográficas não autorizadas.

A defesa do grupo funda-se nos Direitos Fundamentais contidos na norma constitucional que protege a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade das pessoas, descritas no artigo 5º, inciso X, bem como nos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, que exige autorização para

a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, CC, 2001).

Representando a Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados do Brasil da seccional de São Paulo (OAB/SP) na audiência pública do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre biografias não autorizadas, em 21 de novembro de 2013, a professora universitária e advogada Silmara Chinelato, em defesa da autorização prévia das biografias, disse que o Código Civil de 2002 é uma

conquista em defesa da pessoa, acrescentou ainda que, quanto à elaboração das biografias, deve-se distinguir o que é interesse público do que é curiosidade do público.

Nesta perspectiva, poder-se-ia supor que o direito à imagem, à intimidade e à privacidade se sobrepõem à liberdade de expressão. Mas não é necessariamente assim, não há bens jurídicos, nem mesmo Direitos Fundamentais que contenham conteúdo absoluto.

Também, em audiência pública no STF (2013)⁴, Ana Maria Machado, da Academia Brasileira de Letras (ABL), expôs, defendendo a liberdade de expressão, que condicionar a publicação de biografias a autorização prévia significa aceitar que o arbítrio pessoal prevaleça sobre a livre manifestação do pensamento e sobre o direito da coletividade à informação. Para a autora, “Essa interpretação restringe a criação, compromete a literatura e empobrece a história brasileira. Outro grave risco está na abertura da porta para a censura à imprensa”. Na sua avaliação, a necessidade de autorização prévia do biografado ou dos seus herdeiros é uma “ameaça à cultura e literatura nacional”, disse ainda que a censura privada é “*inaceitável*” e traz graves prejuízos à sociedade.

Após vários anos de pesquisa sobre artistas, personagens políticos, históricos e da cultura nacional, os biógrafos se viam impedidos de publicar seus trabalhos, sob o argumento de que tais livros violam os direitos da personalidade do biografado e se destinam a fins comerciais e não foram autorizados por ele ou por sua família. Ocorre que, diametralmente oposto, como fundamentação para a publicação das biografias não autorizadas, existem os Direitos Fundamentais da livre manifestação de pensamento, liberdade de expressão, acesso à informação, respectivamente positivados no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV.

⁴ <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253986>. 2013.

Alegando a inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, em face dos dispositivos constitucionais que defendem os direitos à expressão e informação, e sobretudo para evitar a censura, a Associação Nacional dos Escritores de Livros (ANEL) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.815.

O livre debate de ideias pressupõe a liberdade de expressão. É imprescindível o acesso a informação plural para que cada um possa formar e expor sua opinião acerca dos fatos ocorridos. Não foi por outro motivo que na segunda metade do século XX, ao romper com ordenamento jurídico autoritário imposto pelos militares, a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 consagrou, em mais de uma oportunidade, a liberdade de manifestação do pensamento, independentemente de censura.

Não obstante, o § 2º do artigo 220 da CF/88 veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. O mesmo artigo prevê no seu caput, que a “manifestação do pensamento, criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.

Para tanto, a ADI 4.815, proposta pela ANEL, buscou afastar os resquícios legais da censura, no que se refere a prévia autorização, ainda presente no artigo 20 do Código Civil, e evitar o cerceamento do direito de informação.

A posição de Anderson Schreiber ao comentar o controvertido artigo 20, do Diploma Civil, diante da polêmica sobre biografias não autorizadas, é que

Embora o art. 20 exija, em regra, a autorização da pessoa para a divulgação da sua imagem, da sua voz e de seus escritos, o próprio dispositivo reconhece que há exceções, às quais os tribunais acrescentam outras tantas, especialmente no exercício das liberdades constitucionais de informação e de expressão artística ou intelectual (SCHREIBER, 2011, p.142).

Em nome da Associação Paulista de Imprensa (API), Sergio Redó⁵ ressaltou, também em audiência pública no STF (2013), que para a pessoa pública o direito à intimidade é relativo, porque a imagem da pessoa pública já está incorporada no meio social, por vontade própria, prévia e expressa de seu titular que, ao exercer seu labor artístico e público, tacitamente, abdicou de parcela de sua privacidade, intimidade e individualidade. Segundo o autor, “O homem público que vem a público para defender sua intimidade é controverso porque ele tem interesse, tem vaidade pessoal de se expor e ganha dinheiro com isso. A sociedade faz com que ele progrida, portanto ele tem que respeitar a sociedade”⁶.

Muito longe de se se tratar de total irresponsabilidade do escritor por suas obras. É preciso que os fatos narrados tenham correspondência com a realidade, até porque, o artigo 5º, em seu inciso X é claro ao assegurar a indenização por dano material e moral quando são violados dos direitos à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (BRASIL, 1988). Abordando esse aspecto na Conferência Global de Jornalismo Investigativo na PUC-RJ, Joaquim Barbosa, ministro do STF disse que:

O ideal seria [que houvesse] liberdade total de publicação, mas cada um assume os riscos. Se violou o direito de alguém, [o autor] vai ter que responder financeiramente. Com isso, se criaria uma responsabilidade daqueles que escrevem (...) Censura prévia é ruim, não é permitido, é ilegal (VILLELA, 2013).

Dentro desse contexto, o choque entre os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade é inegável. Portanto,

⁵ <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253986>. 2013.

⁶ <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253986>. 2013.

apenas por uma análise do caso concreto será possível determinar se houve ou não lesão ao direito do biografado. É perigoso, e sobretudo ilegal proibir que, trabalhos tão importantes para a literatura nacional, sejam proibidos de circularem sem que passem pelo crivo do judiciário.

4 A INTERPRETAÇÃO DA SUPREMA CORTE

A aparente colisão entre os Direitos Fundamentais é, atualmente, tema dos mais discutidos na seara jurídica. Tal fato é complexo, porque o julgador deverá definir qual dos direitos colidentes deverá prevalecer e sob quais circunstâncias.

Assim, a despeito de toda dificuldade em se determinar o direito que deve prevalecer no caso concreto, os operadores do direito não podem olvidar de seu compromisso constitucional de contribuir para a realização da Justiça, enfim, de encontrar a melhor solução para o caso, considerando os direitos dos envolvidos e as circunstâncias que envolvem cada caso (MARTINS, 2011, p. 4-21).

Especialmente no caso da prévia autorização das biografias, os direitos conflitantes direcionam a decisão para lados completamente opostos. A liberdade de expressão, essencial à manutenção, concretização e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, é empregada de maneira descontextualizada, seja para se opor à existência de uma alegada censura, quando desta não se trata; seja para evitar que atos lesivos a terceiros não permaneçam impunes, o que implicaria clara violação a outros Direitos Fundamentais, também constitucionalmente protegidos, caso do direito à honra, à intimidade ou à privacidade.

Ocorre que, os critérios comumente utilizados de solução de antinomia normativa no âmbito jurídico – critérios cronológico, hierárquico e da especialidade – são absolutamente ineficazes para a solução dos casos que envolvam o conflito entre Direitos

Fundamentais, sendo necessário, portanto, identificar outro meio que seja apropriado à situação presente.

Percebendo a dificuldade na determinação do direito a prevalecer, Robert Alexy, com vistas a solucionar as controvérsias entre os Direitos Fundamentais, destaca a Teoria da Ponderação de Interesses. É necessário que no conflito entre esses direitos considere-se o peso dos interesses discutidos (2008.).

Ao dispor da Técnica de Ponderação de Interesses, nenhum dos direitos colidentes será excluído do ordenamento jurídico, portanto, o julgador deverá diminuir ao máximo o sacrifício daquele direito cujo o peso foi de menor relevância ao caso concreto, pois ele permanecerá válido e sua normatividade ainda irradiará no caso em questão. (MARTINS, 2011)

O plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 declarando inexigível a prévia autorização para a publicação de biografias. Seguindo o voto da ministra Cármen Lúcia, relatora do processo, a decisão dá interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) (STF, 2015).

No do julgamento da ADI, o ministro Luís Roberto Barroso destacou a necessidade do uso da ponderação com as seguintes palavras:

Quando isso ocorre – isto é, quando há uma colisão entre direitos fundamentais –, a técnica jurídica mais utilizada para construir-se argumentativamente uma solução é a ponderação.

É importante registrar que pelo princípio da unidade da Constituição, inexistem hierarquia entre normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma constitucional. Logo, uma não está acima da outra.

A ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico. Há diferentes modos de trabalhar com ela. Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três etapas:

- a) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso;
- b) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes;
- c) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas.

A ponderação pode ser feita pelo legislador, na elaboração da lei, ou pelo juiz ou tribunal, ao decidir um caso concreto (STF, 2015)⁷.

Barroso ressaltou ainda, que na tensão entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e os direitos da personalidade, do outro, o Código Civil desfavoreceu a liberdade de expressão, que tem posição preferencial dentro do sistema constitucional. Tal preferência decorre tanto do texto constitucional como do histórico brasileiro de censura a jornais, revistas e obras artísticas, que perdurou até a ditadura militar. Conquanto, ressaltou o julgador que os direitos do biografado não serão ignorados, já que qualquer uso abusivo da liberdade de expressão acarretará a reparação *a posteriori*, como a retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo, em último caso, a responsabilização penal (STF, 2015).

⁷ Reportagem

Sendo assim, quando a demanda se encontrar no judiciário, é razoável que o julgador pondere os direitos controvertidos e decida de forma adequada, necessária e proporcional.

5 CONCLUSÃO

Tem-se, portanto, que a ponderação entre direitos da personalidade implica, em última instância, em saber se a medida encontrada é útil para a solução de conflito entre princípios consagradores de direitos da personalidade (teste da adequação); se essa medida, dentre as possíveis, é a menos gravosa (teste da necessidade), e; se essa medida mais traz benefícios do que prejuízos (teste da proporcionalidade em sentido estrito).

O direito da personalidade, a que no caso concreto tenha sido atribuído menor peso, deverá sofrer o menor sacrifício possível, porque ele continua a ser válido e a irradiar a sua normatividade no caso em questão. Isto é, a técnica da ponderação não exclui nenhum dos princípios colidentes do ordenamento jurídico, mas, tão-somente viabiliza a concordância prática, e concreta, entre direitos da personalidade.

Nesse diapasão, o ministro Ricardo Lewandowski disse que o STF reafirma com o julgamento da ADI 4.815 a tese de que não é possível que haja censura ou se exija autorização prévia para a produção e publicação de biografias, e que a regra estabelecida é de que a censura prévia está afastada, com plena liberdade de expressão artística, científica, histórica e literária, desde que com isso não se ofendam os direitos constitucionais dos biografados (STF, 2015).

Por todo o exposto, percebe-se que é plenamente aplicável a abordagem horizontal dos direitos fundamentais, dispondo de recursos como a ponderação dos direitos e interesses em aparente colisão, especialmente no caso das biografias não autorizadas. Entretanto, há a

necessidade de se assentar a reparação, caso o biografado entenda que seus direitos foram violados com a publicação da obra não autorizada, a qual poderá ser efetivada, além da indenização, pela publicação de ressalva ou de nova edição com correção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad.) Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cristiane Paglione. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Âmbito Jurídico**. v. 100, 2012.

BRASIL. Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em jun. de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: jun de 2015.

BRASIL. STF. **Expositores defendem liberdade de expressão para biografias**. Nov. de 2013. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253986>. Acesso em jun. de 2015.

BRASIL. STF. **STF afasta exigência prévia de autorização para biografias.** Jun. de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em: Jun de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional.** 6ª ed., ver. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

EBC, <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-14/presidente-do-stf-defende-publicacao-de-biografias-nao-autorizadas>. 2013.

DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. **Direito, Estado e Sociedade.** Rio de Janeiro, n. 41, jul./dez. 2012, P. 204-224. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/10artigo41.pdf>. Acesso em: jun. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

MARTINS, Alisson Silva. **O Enunciado nº 274 do CJF, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade: algumas considerações.** Águia: Revista Científica da Fenord, Teófilo Otoni, v.01, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição, ver. e atual., São Paulo. Saraiva, 2012.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.** 2007. 180 f. **Dissertação (Mestrado)** – Banca

Examinadora da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SARMENTO, Daniel. **“A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direitos comparado e no Brasil”**, in: **BARROSO, Luís Roberto (org). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010. p.228)

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., rev. e amp., São Paulo: Saraiva, 2003.

VILLELA, Flávia. **Presidente do STF defende publicação de biografias não autorizadas**. 2013. Disponível em: <http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-14/presidente-do-stf-defende-publicacao-de-biografias-nao-autorizadas>. Acesso em jun. 2015.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Karina Santos Pereira¹
Alisson Silva Martins²

RESUMO: Os conflitos surgidos no âmbito das sociedades de massa reclamam uma tutela processual capaz de respostas rápidas e eficientes, sendo certo que o tratamento processual instituído para a tutela individual de direitos não se revela adequado para tanto. Dentro dessa perspectiva, as decisões proferidas em sede de ações coletivas, em elogio ao princípio do máximo aproveitamento da tutela jurisdicional coletiva, devem ser capazes de evitar a proliferação de demandas individuais discutindo o mesmo tema. Não obstante, o art. 16 da LACP, na contramão da lógica estrutural da tutela coletiva de direitos, limita territorialmente os efeitos de uma decisão proferida em sede de ação civil pública ao limite da competência territorial do órgão prolator da decisão. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a divergência doutrinária surgida ao redor da constitucionalidade do art. 16 da LACP, bem assim os argumentos que nos leva a concluir pela inconstitucionalidade do mencionado artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública. Coisa julgada. Limitação territorial. Inconstitucionalidade

ABSTRACT: The conflicts that arise in the context of mass societies claim a procedural protection capable of quick and efficient responses, given that the procedural treatment instituted for the individual protection of rights is not appropriate to do so. Within this perspective,

¹ Pós-graduanda pela FADIVALE; Graduada na FENORD; Oficiala de Apoio Judicial do TJMG.

² Doutorando pela PUC/MG; Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Graduado na FENORD; Ex-professor de Direito Civil e Teoria Geral do Processo na FENORD; Professor da UFJF *campus* GV.

the decisions in place of collective action, in praise to the principle of maximum use of collective judicial protection, should be able to prevent the proliferation of individual demands discussing the same topic. Nevertheless, art. 16 LACP, against the structural logic of collective protection of rights, territorial limits the effects of a judgment given in place of civil action to limit the jurisdiction of the prolator the decision-making body. This study aims to demonstrate the doctrinal disagreement arose around the constitutionality of art. 16 of the LACP, as well as the arguments that led us to conclude the unconstitutionality of that Article.

KEY-WORDS: Civil Action . Thing Judged. Territorial Limitation. Unconstitutionality

1 INTRODUÇÃO

A tutela coletiva de direitos não é tema recente, não obstante, com o advento da Constituição Federal de 1988, a formação do microsistema coletivo de tutela de direitos - decorrente da fusão das normas constante na Lei da Ação Civil Pública (LACP) e das normas sobre o tema inseridas no Código de defesa do Consumidor (CDC) -, e o advento de vários diplomas legislativos complementando aquele microsistema permitiram afirmar que se instaurou uma “*nova era no direito processual brasileiro*” em tema de proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O microsistema processual coletivo tem como objetivo o enfrentamento dos conflitos surgidos no âmbito das “*sociedades de massa*”, envolvendo direitos pertencentes à coletividade. O tratamento diferenciado a estes direitos, que ultrapassam a esfera individual, reclamou a adaptação dos institutos processuais, com vistas a superação do individualismo exacerbado que orientou a formação da legislação processual oitocentista.

Nessa perspectiva, a coisa julgada foi reinventada à luz da ótica da tutela coletiva de direitos, já que os efeitos das decisões em ações coletivas devem refletir o máximo aproveitamento da tutela jurisdicional, evitando a dissolução de uma demanda coletiva em demandas individuais repetitivas.

Não obstante, o texto do art. 16 da LACP, com a redação dada pela Lei 9.494/1997, limitou a abrangência territorial dos efeitos de uma decisão proferida em ação civil pública, ao prever que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. Essa limitação territorial da coisa julgada dificulta o sistema de acesso à justiça em tema de tutela coletiva de direitos, já que permite a proliferação de demandas discutindo o mesmo tema, colocando, assim, em cheque a vocação aglutinativa que deve orientar a tutela coletiva de direitos.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a divergência doutrinária surgida ao redor da constitucionalidade do art. 16 da LACP, bem assim os argumentos que nos leva a concluir pela inconstitucionalidade do mencionado artigo. Não foi a pretensão neste trabalho explorar as questões conceituais ou acerca de diversos temas da tutela coletiva de direito.

Para tentar atingir os fins deste artigo, o texto foi dividido em três capítulos. O primeiro deles visa apresentar o leitor a norma constante do art. 16 da LACP; o segundo cuidará de analisar a competência para julgamento das ações civis públicas (ACP's); e o último deles cuidará da divergência doutrinária acerca da (in) constitucionalidade do art. 16 da LACP.

2 O ART. 16 DA LACP

A configuração original da Lei nº. 7.347/1985 (LACP) não era amplo o suficiente para permitir a propositura de ação civil pública para

a tutela jurisdicional de *quaisquer* direitos ou interesses *difusos* ou *coletivos*.

As sucessivas alterações legislativas e o advento da Constituição Federal de 1988 inauguraram uma nova fase na tutela coletiva de direitos no Brasil, ampliando significativamente o âmbito de proteção aos direitos difusos e coletivos.

Na atualidade, não se pode olvidar que a ação civil pública tem o mais amplo campo de cabimento dentre todas as ações coletivas que compõem o sistema de tutela coletiva de direitos, viabilizando a proteção ampla de todo e qualquer direito difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo³.

Sobremais, à conta da vocação gregária das ações coletivas, as ACP's devem buscar o máximo aproveitamento da prestação jurisdicional, de modo a captar todos os resultados das decisões proferidas em demandas dessa natureza, evitando-se a proliferação de demandas individuais (e também coletivas) discutindo o mesmo tema. Para tanto, fez-se necessário repensar os limites subjetivos da coisa julgada, bem assim a assumir metodologicamente a existência de direitos de titularidade difusa. De fato, é possível se sustentar que existem direitos que não podem ser divididos; direitos que devem ser considerados como um todo, e como tais, insuscetíveis de fragmentação.

Originalmente, o art. 16 da LACP estatuiu que a sentença civil proferida em sede de ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, ressalvados os casos em que o pedido fosse julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar outra ação com idêntico fundamento, desde que munido de novas provas.

³ Sobre o conceito e diferença dessas três espécies de direitos coletivos, confira-se SANTOS, 2015.

No entanto, a Lei nº 9.494/97 instituiu uma nova sistemática na questão relativa à coisa julgada nas ações civis públicas, disciplinando que o artigo 16 da Lei nº 7.347/85 passaria a ter nova redação, no sentido de que os efeitos *erga omnes* estariam restritos à competência territorial do órgão prolator da decisão.

Desse modo, na redação dada pela Lei 9.494/97, prevê o art. 16 que "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

A referida lei pretendeu limitar os efeitos da coisa julgada à área de competência do juízo que proferiu a decisão. Essa alteração acabou por baralhar a ideia de juízo competente com coisa julgada, dificultando o acesso à justiça em tema de tutela coletiva de direitos.

Para avançar no tema é indispensável traçar algumas noções sobre a competência para julgamento das ações civis públicas, o que faremos sem muita delonga.

3 A COMPETÊNCIA TERRITORIAL NA ACP

Considera-se competência um dos elementos básicos do devido processo, já que a definição de regras impessoais e abstratas do órgão que será responsável para dirimir conflitos evita a escolha arbitrária do julgador.

Em tema de demanda coletiva, como a ACP veicula direitos pertencentes a uma coletividade indeterminada de pessoas ou grupos de pessoas, muitas vezes, sem que elas possuam vínculos diretos entre si, ou mesmo por pessoas que estão espalhadas em uma vasta área territorial, é necessário redobrado cuidado na definição do juízo

competente, de forma a não tornar as regras de competência um obstáculo para o acesso à justiça.

O art. 2º da LACP estabelece que ações civis públicas deverão ser propostas no local do dano, cujo juízo terá *competência funcional* para processar e julgar a causa⁴. O dispositivo em questão deve ser analisado em conjunto com art. 93, II do CDC (Código de Defesa do Consumidor), por força do microsistema de tutela coletiva, posto que a LACP não trata das situações em que o dano causado é de abrangência nacional ou regional.

Assim, tomando em consideração o disposto no art. 2º da LAC e no art. 93 do CDC, a definição da competência para o processo e julgamento das ações coletivas perpassa pela abrangência do dano, que pode ser local, regional ou nacional.

O art. 93, II do CDC estabelece que é competente para a causa o juízo do foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. Assim, caso o dano não extravase os limites territoriais de uma comarca ou seção judiciária, ele será local; se o dano atinge todo o território nacional, o dano será nacional; no entanto, entre esses

⁴ É pacífico em sede doutrinária e jurisprudencial que a competência em questão é de natureza absoluta. Esclarecendo o tema: “Não se trata de competência funcional como descreve o art. 2º. O que o legislador queria é que a competência na ACP não fosse relativa e sim absoluta. Como no Brasil rege o entendimento de que a competência territorial é relativa, o legislador optou por inserir a expressão “funcional” – absoluta. Mas, por se tratar de aspecto geográfico, a competência é territorial, porém absoluta em razão do interesse público” (ZANETI JR.; GARCIA, 2013, p. 80). Em mesmo sentido, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover: “quis a LACP disciplinar o gênero da competência funcional (que é uma das modalidades da competência absoluta), ou seja, afirmar que a competência territorial é no caso, absoluta, inderrogável e improrrogável por vontade das partes”. Em outras palavras, segundo a autora, “o art. 2º da LACP deu à territorial natureza absoluta, que não permite eleição do foro ou sua prorrogação, pela não apresentação da exceção declinatória”. (2007, p. 897).

extremos para a mais completa indefinição em matéria de determinação de competência, já que a lei não cuida de definir o que se entende por dano regional, o que inevitavelmente acaba repercutindo na definição de dano nacional, quando ilícito não se projetar em toda a extensão territorial do país, e de dano local, quando o ilícito se projetar para além dos limites de uma comarca ou subseção judiciária⁵.

Segundo o disposto no art. 2º da LACP e no art. 93, I do CDC, quando o dano for local, ou seja, o dano não ultrapassar a circunscrição territorial de uma comarca ou subseção judiciária, a ação coletiva deve ser ajuizada na sede da Comarca ou Subseção Judiciária (NEVES, 2014).

Caso o dano ultrapasse os limites territoriais de uma comarca ou seção judiciária, atingindo pequeno número de municípios contíguos, porém sem ultrapassar os limites do Estado ou da Região do respectivo TRF ou TRT⁶, o dano será local, não obstante se reconheça

⁵ Estabelecendo duras críticas ao disposto no art. 93, II do CDC, NEVES (2014) registra: “A primeira crítica dirigida ao dispositivo legal diz respeito a sua total despreocupação em conceituar as diferentes abrangências de dano que menciona (local, regional e nacional). Nem mesmo parâmetros que poderiam ajudar na análise do caso concreto são fornecidos pelo referido dispositivo. Naturalmente que deixando a missão de conceituação de tais abrangências exclusivamente à jurisprudência e à doutrina, o resultado seria – como de fato o é – a insegurança jurídica”. Em mesmo sentido dispora GAJARDONI (2012): “Já a segunda regra (art. 93, II, do CPC) é objeto de enormes celeumas, sendo, indiscutivelmente, insuficiente para solucionar todos os problemas advindos da prática. De fato, o legislador não disciplinou o conceito de danos de âmbito regional ou nacional. Seria dano local ou regional aquele que atingisse três Comarcas ou Subseções Judiciárias vizinhas distantes da capital do Estado, mas não todo o Estado? E se atingisse apenas a capital do Estado e mais uma Comarca ou Subseção Judiciária vizinha? Se o dano fosse entre três Comarcas vizinhas, cada uma situada em um Estado da federação: o dano seria local, regional ou nacional? E se atingisse três Estados, mas não todo o país, o dano seria regional ou nacional? Mudaria alguma coisa se o Distrito Federal fosse também atingido na hipótese anterior?”

⁶ É bem verdade que em sede doutrinária há posicionamentos dos mais variados e a jurisprudência do STJ não é clara o suficiente para que se possa definir de modo preciso o que se deve entender por dano regional.

que nessa hipótese a doutrina já passa a divergir seriamente acerca do que se deve compreender por dano local, regional ou nacional.

Caso o dano extravase os limites territoriais de uma comarca ou seção judiciária, atingindo alguns municípios não contíguos, ou contíguos em número razoável, ou contíguos, mas fora dos limites do Estado ou da Região do respectivo TRF ou TRT, o dano será regional.

Não obstante toda celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre o tema é de registrar que a legislação consumerista atribui a competência para julgamento das demandas coletivas que envolvam danos regionais aos foros das capitais do Estado.

Tratando-se de dano nacional, compreendendo-se como tal aquele que envolve mais de uma região, será competente para julgar a demanda, o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. O STJ tem precedentes no sentido de que o dano é nacional quando atinge a mais de três Estados da Federação, conforme noticiado por NEVES (2014). O STJ também tem precedentes no sentido de que cabe ao autor a opção entre ajuizar a demanda no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal (CC 112.235/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 16/02/2011).

Em síntese didática sobre o tema, temos:

SITUAÇÃO	JUÍZO COMPETENTE
Âmbito local (Município/Comarca)	Competente será o juízo estadual do lugar onde ocorreu ou deveria ocorrer o dano.
Âmbito regional (várias localidades de um mesmo Estado ou mais de um Estado)	Será competente o foro da justiça estadual na Capital do Estado ou do Distrito Federal, se este estiver envolvido.

<p>Âmbito nacional (em mais de um Estado com impacto relevante para o País)</p>	<p>Será competente o foro da justiça estadual na Capital do Estado ou o foro do Distrito Federal, pois possuem competências territoriais concorrentes.</p>
<p>Causas em que a União, entidades autárquicas ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.</p>	<p>Justiça Federal, observadas as regras acima.</p>

Quadro elaborado por ZANETI JR.; GARCIA, 2013, p. 289

4 SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LACP

Como já visto, o art. 16 da LACP estabelece que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Como se infere do dispositivo, o legislador pretendeu limitar territorialmente os efeitos decorrentes da coisa julgada na tutela coletiva de direitos.

A norma em questão tem desafiado a dura crítica da doutrina especialmente porque, na contramão da lógica agregatória da tutela coletiva de direitos, o dispositivo acaba impondo proliferação de várias demandas coletivas com base no mesmo fato e o risco desnecessário

de ocorrência de decisões contraditórias sobre o mesmo tema (NEVES, 2014). Sobremais, a doutrina tem insistido para o fato de que a norma não poderia materialmente limitar territorialmente os efeitos da coisa julgada (NEVES, 2014).

De todo modo, antes de posicionarmos conclusivamente sobre o tema cumpre analisar as mais diversas correntes sobre o tema.

4.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LACP

Para José dos Santos Carvalho Filho, limitação territorial dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas não ofende as competências territoriais dos Tribunais, mas tão somente demarca a área em que poderão ser produzidos os efeitos da coisa julgada, tomando em consideração o territorial dentro do qual o juiz de primeiro grau tem competência para o processamento e julgamento desses efeitos (CARVALHO FILHO, 2011, p. 430).

Em arremate, dispara o mencionado autor:

Aliás, deve ser ressaltado que as ações civis públicas, ao contrário de outras em que a competência jurisdicional varia em conformidade com a estatura do sujeito passivo da lide (como por exemplo, o mandado de segurança, o habeas corpus, o mandado de injunção), são deflagradas perante os juízes de primeiro grau, de modo que a demarcação prevista no dispositivo diz respeito à circunscrição territorial apenas desses juízes, e não de Tribunais. Ao reapreciar a discussão, estes já levarão em conta os limites territoriais da decisão de primeiro grau, muito embora sejam dotados de competência territorial mais extensa. (2011, p. 430).

Entende o doutrinador que aquela limitação equivale a uma demarcação territorial da abrangência dos efeitos de uma decisão, ou seja, delimita-se a uma área onde determinada decisão produzirá

efeitos, levando em conta o território sobre o qual o juiz de primeiro grau possui competência para julgar tais efeitos.

Não obstante, o autor parece reconhecer não ser a opção legislativa das mais acertadas, mas disso, para ele, não decorreria um vício de inconstitucionalidade material.

4.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LACP

A doutrina majoritária, a partir de argumentos que coadunam com a essência do processo coletivo, manifesta-se pela inconstitucionalidade da limitação territorial dos efeitos da sentença apresentada na redação do artigo 16 da LACP.

Alguns doutrinadores consideram a alteração legislativa inócua por haver incidência do art. 103 do CDC, por força do artigo 21 da LACP e 90 do CDC. Para eles seria temerária uma interpretação do artigo 16 da LACP divorciada do art. 103 do CDC, pois este deve ser aplicado para todo microssistema, considerado de maior amplitude e mais adequado ao conceito de direitos coletivos *lato sensu*.

Dentre os argumentos apresentados acerca da inconstitucionalidade do art. 16, há entendimento comum de que o legislador, na redação do dispositivo, confundiu coisa julgada (limites subjetivos) com competência.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 123) tratam do tema com redobrada atenção, chegam a sustentar que o atual art. 16 da LACP é irrazoável, por impor exigências absurdas que acabariam por permitir o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que se trate de demandas iguais, envolvendo sujeitos em mesma situação, circunstância que pode ensejar no plano teórico de decisões diferentes e até mesmo antagônicas em cada uma dessas unidades.

Estes autores apresentam cinco objeções ao dispositivo, quais sejam (2014, p.131):

- a) Ocorre prejuízo a economia processual e fomento ao conflito lógico e prático aos julgados;
- b) Representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção dos direitos coletivos em juízo;
- c) Existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é da natureza dos direitos coletivos lato sensu sua não separatividade no curso da demanda coletiva, sendo legalmente indivisíveis (art. 81, parágrafo único do CDC);
- d) Há ainda, equívoco na técnica legislativa, que acaba por confundir competência como critério legislativo para repartição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, este último elemento do conceito de jurisdição que é uma em todo o território nacional;
- e) Por fim, existe a ineficácia da própria regra de competência em si, vez que o legislador estabeleceu expressamente no art. 93 do CDC (lembre-se que aplicável a todo o sistema das ações coletivas) que a competência para julgamento de ilícito de âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, portanto, nos termos da Lei em comento, ampliou a “jurisdição do órgão prolator”.

Esclarece ainda Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 339):

(...) não se trata de limitação da coisa julgada, mas da eficácia da sentença, ferindo a disposição processual de que a jurisdição é uma em todo o território nacional, e é contrária a essência do processo coletivo que prevê o tratamento molecular dos litígios, evitando-se a fragmentação das demandas.

Se uma das principais marcas das ações coletivas é a *coisa julgada*, fragmentar uma decisão coletiva pode desnaturar todo o sistema de extensão subjetiva dos efeitos desta decisão. Ainda, se o interesse tratado é essencialmente indivisível, arriscado é limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 296) a resposta jurisdicional, em sede coletiva, desde que proferida por juiz competente, deve ter eficácia onde se revele a incidência do interesse veiculado na demanda, alcançando todos os sujeitos que foram vitimados pelo evento lesivo, e isso deve se dar “em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial”.

A modificação do art. 16, indubitavelmente confundiu competência do julgador com jurisdição. Neste sentido, apreende-se que, tendo sido decidida uma demanda que incide sobre o direito de determinado cidadão, esta deve afetá-lo, seja-lhe favorável ou não, esteja ele dentro da competência territorial do juízo ou não.

Para Rizzato Nunes (2012, p. 877), não há como vingar o art. 16 da LACP no sistema jurídico constitucional brasileiro, pois ele está em plena contradição com as normas do CDC e a própria estrutura da LACP. Para ele o CDC é firme no sentido de que a coisa julgada nas ações coletivas terá efeitos *erga omnes*, e, em decorrência disso, seus efeitos devem se estender a todo território nacional.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2012, p. 865-866) trata com alerta o tema:

Até se poderia alegar que nesse caso o Estado – mais precisamente o Executivo, dado que a lei decorre de conversão da Medida Provisória 1.570/1997 – apenas adotou a regra que mais lhe pareceu interessante, ainda que computados os prejuízos de sua escolha. Nesse sentido, o Estado teria pesado todos os males advindos da multiplicação de processos coletivos – ofensa ao

princípio da economia processual – e das eventuais decisões contraditórias – ofensa ao princípio da harmonização dos julgados –, e ainda assim teria feito a consciente opção pela regra consagrada no dispositivo legal ora comentado. (...).

Entretanto, mesmo nesse caso haverá uma nova e fatal crítica a respeito da conduta estatal: a clara e manifesta ofensa ao princípio do devido processo substancial. É natural que a liberdade legislativa estatal – ainda mais pelo caminho indevidamente tomado das medidas provisórias – encontra limites na proporcionalidade e razoabilidade, não se devendo admitir a elaboração de regras legais que afrontem tais princípios. As mais variadas críticas doutrinárias elaboradas contra a regra legal ora analisada dão uma mostra clara de sua irrazoabilidade (AMORIM, 2012, p. 866)

Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 939), a respeito da alteração do artigo 16 a partir da Lei 9.494 de 1997:

O Executivo, acompanhado pelo Legislativo, foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar, pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história. (...).

Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente.

Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz (GRINOVER, 2007, p. 939).

Para a autora “o indigitado dispositivo da medida provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo”. Ainda para a autora “o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido e não pela competência”. Por fim, conclui que, sem exaurimento do tema

esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo, se o pedido é amplo não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado (BRASIL, CDC, 1990).

Porquanto, defender a aplicabilidade do art. 16 nos termos ali dispostos seria defender a fragmentação das ações, sendo que, um dos motivos fundantes da inclusão das ações coletivas em nosso ordenamento jurídico foi evitar a fragmentação característica do sistema processual individualista.

4.3 CORRENTE INTERMEDIÁRIA

Para o processualista Cassio Scarpinella Bueno (2014, p.208), a origem do dispositivo em comento é de duvidosa inconstitucionalidade por ser fruto de conversão de Medida Provisória expedida sem seus pressupostos autorizadores. Segundo este autor:

Trata-se de regra inequivocadamente restritiva. Não há como o legislador querer restringir, menos ainda, de forma genérica, os efeitos de uma decisão proferida na “ação civil pública”, bem assim o caráter de imutabilidade do quanto decidido (a coisa julgada material), quando o direito material que fundamenta a

necessidade da atuação jurisdicional puder, por definição, extrapolar os limites territoriais em que o juízo prolator da decisão exerce sua competência.

Mas, por outro lado, destaca:

Há casos em que, a despeito de ser coletivo (em sentido amplo) o direito ou o interesse, por questões de política legislativa, não há qualquer mácula em pretender o legislador restringir os efeitos da tutela jurisdicional a determinados segmentos territoriais. Até para que se mostre adequadamente a tutela (jurisdicional) que recai sobre o direito (material) (SCARPINELLA, 2014, p. 208).

Para este autor há a restrição, mas sua adequação dependerá da situação concreta abordada. Deste modo assim observa:

No entanto, para outras situações, a restrição tem condições de mostrar-se totalmente contrária à garantia de acesso coletivo à Justiça que, por imposição constitucional, deve ser efetiva. A própria compreensão de multiplicação de processos para a tutela de um mesmo bem da vida, ainda que coletivamente, é contrária ao modelo constitucional (SCARPINELLA, 2014, p. 208).

Em posição intermediária, também se encontra Teori Zavascki, que entende que a limitação territorial, se interpretada de forma literal, é incompatível com o instituto da coisa julgada, sendo ineficaz em relação a esta. Mas por outro lado, o referido autor busca entender os reais motivos do legislador, fazendo uma análise mais branda acerca do tema. Neste sentido, o referido autor se manifesta:

A interpretação literal do artigo 16 leva, porquanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da

sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade de sujeitos indeterminados em seu polo ativo, é única e indivisível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou inexistência, ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos) (SCARPINELLA, 2014, p. 64).

Por outro lado, no sentido de abrandar a polêmica alteração legislativa, Teori Zavascki (2014, p. 65) apresenta uma interpretação sistemática e histórica. Assim vejamos:

Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2º da Lei 9.494/97. Essa Lei, por sua vez, tratou de matéria análoga no seu art. 2º-A, que assim dispôs: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de direitos e interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Aqui, o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele visa é limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz). Ora entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não à coisa julgada), em ação para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência.

Desta forma, para Teori Zavascki, o art. 16 da LACP, ao referir-se à eficácia territorial da coisa julgada, remete-se somente às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, não se aplicando propriamente, às sentenças que tratam dos direitos transindividuais (difusos e coletivos *strictu sensu*).

4.4. O ART. 16 DA LCP NA JURISPRUDÊNCIA

Não se pode afirmar, na jurisprudência, uma orientação segura quanto à eficácia da Lei 9.494/97.

Assim, transcreve-se acerca do posicionamento do STJ citado por Hermes Zaneti Jr. e Leonardo de Medeiros Garcia (2013, p. 233-234):

O STJ através da 1ª Turma vem restringindo a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas aos limites do órgão prolator da sentença ou da liminar. A ministra Eliana Calmon, em voto proferido no Resp. 642.462/PR, Dj. 18/04/2005, sustentou que “sobre a abrangência da ação civil pública, com vista à redução pelo limite territorial do julgador, mesmo sem o aval da doutrina, mantém-se a jurisprudência fiel à preocupação do legislador, inserta no artigo 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)” dispondo ainda que “ a abrangência e o alcance dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva vem sendo restringida pelo legislador, deixando os limites do efeito erga omnes no âmbito da competência territorial do juiz que proferiu a sentença, ou outorgou a liminar”.

Tal entendimento foi mantido pela Corte Especial em alguns precedentes, como por exemplo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. REELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JANEIRO/89. COISA JULGADA. LIMITES. 1. A sentença na ação civil pública faz coisa

julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97. Precedentes do STJ: EREsp 293407/SP, CORTE ESPECIAL, Dj 01.08.2006; REsp 838.978/MG, PRIMEIRA TURMA, Dj 14.12.2006 e REsp 422.671/RS, PRIMEIRA TURMA, Dj 30.11.2006. (...) (STJ, AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, DJe 01/07/2008).

A própria Min. Nancy Andrighi, com a ressalva de seu posicionamento, voltou atrás quando a matéria havia sido pacificada pela Corte Especial:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA DA SENTENÇA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ORGÃO PROLATOR. 1. A sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97. Precedentes. Agravo no recurso especial não provido. (STJ, AgRg no REsp 1105214/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 08/04/2011).

Contudo, em recente precedente, a Corte Especial, Rel. Luiz Felipe Salomão, sinalizou uma mudança de posicionamento:

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Parece que este está sendo o entendimento do STJ: “Os efeitos e a eficácia da sentença prolatada em ação civil coletiva não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.” (STJ, AgRg no REsp 1326477/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 13/09/2012).

5 CONCLUSÃO

O acesso à justiça não pode olvidar da tutela processual coletiva de direitos, em especial daqueles de titularidade indeterminada. As ações coletivas de direitos, uma exigência dos novos arranjos sociais, se afiguram como interessantes instrumentos para a implementação das políticas públicas, sempre que o Estado deixar de cumprir as normas constitucionais, em especial aquelas assecuratórias de direitos fundamentais

A redação original do artigo 16 da LACP estava em consonância com a sistemática da tutela coletiva, dada as qualidades específicas dos direitos conduzidos por tais ações, pertencentes a uma coletividade; dava-se, pois, um adequado tratamento molecular a determinados direitos, evitando-se a proliferação de demandas idênticas, de forma harmoniosa com os princípios da segurança jurídica e economia processual. Entretanto, a Lei nº 9.494/97, ao limitar os efeitos da decisão ao território do juiz prolator, veio mitigar a extensão dos efeitos da coisa julgada das decisões proferidas em sede de ações civis públicas, em manifesto retrocesso ao sistema de tutela coletiva de direitos. Neste sentido, compromete-se a plena funcionalidade do núcleo essencial da tutela coletiva, podendo e devendo ser considerado o dispositivo em comento de inconstitucional, por via de controle concentrado ou por via de controle jurisdicional difuso.

Ademais, a modificação do dispositivo da Lei da Ação Civil Pública enseja desigualdade de tratamento entre os jurisdicionados,

porquanto as pessoas situadas fora da esfera de competência do juízo prolator da decisão não auferirão os benefícios dela gerados, ainda que se trate de bem jurídico indivisível, podendo, inclusive, gerar decisões contraditórias apenas em razão do critério espacial.

Desta forma, os efeitos de uma decisão em ação coletiva devem integrar os direitos de uma coletividade sob pena de desagregar indivíduos que poderiam aproveitar daquela decisão, em atendimento ao máximo aproveitamento do resultado possível em sede de tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Daniel Assumpção Neves. **Manual do Processo Coletivo**. Volume único. Rio de Janeiro: editora Forense, 2012;

ARRUDA ALVIM, Arruda, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: editora. Revista dos Tribunais, 1995;

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: jul. de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial**. Nº 1326477 – DF (2012/0114948-5). Agravante: BANCO DO BRASIL S/A. Agravado: ARCELINO

MARTINS DA SILVA E OUTROS. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, 06 de setembro de 2012. Lex: Jurisprudência, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial**. Número 1.105.214 - DF (2008/0250917-1). Agravante: IBEDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDO E DEFESA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. Agravado: Banco do Brasil S/A. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, 05 de abril de 2011. Lex: Jurisprudência, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Embargos de Divergência no Recurso Especial**. Número 2003/0169288-0 (1884 200001345036 8020080). Embargante: INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. Embargado: Banco Meridional do Brasil/A. Relator: José Otavio de Noronha. Brasília, 07 de junho de 2006. Lex: Jurisprudência, Brasília.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol 1. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, José dos Santos e. **Ação Civil Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2011.

DIDIER, Fredie e; ZANETI, Hermes e. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. vol. 4. Salvador: editora Juspodivm, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 8ª ed. São Paulo: editora RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MAXIMILIANO, Carlo. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2006.

NERY, Nelson e. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Karina Pereira. **A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública**. [monografia de conclusão de curso]. FENORD, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: editora Cortez, 2007.

SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil, Direito Público e Direito Processual Coletivo**, Vol. 2, tomo III, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZANETI, Hermes e; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 6ª edição. São Paulo: editora RT, 2014.

WATANABE, Kasuo, *et al.* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2007.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS

Beatriz Mariotti Azevedo¹

Alda da Silva Barreiros²

RESUMO: O estudo tem como objetivo discutir a judicialização da saúde, tendo em vista a dicotomia existente na relação entre os direitos individuais e os direitos coletivos. Para tanto o presente artigo apresenta as previsões legais do direito à saúde, no âmbito constitucional e legal, posteriormente aborda a contraposição de interesses individuais "versus" coletivo sob o prisma dos princípios da reserva do possível e a escassez de recursos, sendo que, é necessária essa ponderação, tendo em vista, a equidade do SUS (Sistema Único de Saúde) e a ponderação dos direitos dos cidadãos. Por fim, expôs-se as ações cabíveis para a efetividade do acesso à saúde e sua respectiva competência para apreciá-las. Com isso, pôde-se perceber que com o contexto político-econômico em que se encontra o Brasil, nota-se claramente que o sistema de saúde brasileiro não tem trazido garantias suficientes para a efetividade do direito à saúde. Assim sendo, a judicialização da saúde vem como um fenômeno instrumentalizador que o cidadão recorre para que se possa ter garantia ao seu direito, como preconizado no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Dicotomia. Efetividade. Direitos

ABSTRACT: The study aims to discuss the judicialization of health, in view of the dichotomy in the relationship between individual rights and collective rights. Therefore, this paper presents the legal provisions of the right to health in the constitutional and legal framework, and

¹ Acadêmica do IESI/FENORD, Pesquisadora do Núcleo de Investigação Científica do IESI/FENORD.

² Especialista em Direito Civil, professora de Direito Civil do IESI/FENORD.

further discusses the opposition of individual interests "versus" collective interests from the perspective of the principles of the reserve for contingencies and the scarcity of resources this ponderation, it is necessary to consider the equity the SUS (Unified Health System) and the ponderation of the citizen rights. Lastly, the necessary actions for the effectiveness of access to health and their respective competence to appreciate them are exposed. Thus, one can see that with the political and economic context in which Brazil is, it is clearly noticeable that the Brazilian health care system has not brought sufficient guarantees for the effectiveness of the right to health. Therefore, the legalization of health comes as an instrumentalizing phenomenon that the citizen uses to guarantee his or her right, as advocated in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Judicialization. Dichotomy. Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

A palavra judicialização, ou, ação de tornar judicial, alcança o significado em algo que tem como origem o Poder Judiciário. Assim, a judicialização da saúde refere-se à busca pelo judiciário como a última alternativa para a obtenção de medicamentos, internações e/ou tratamentos, a princípio, negados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O fenômeno da judicialização da saúde é efeito da inoperância do sistema de saúde brasileiro, que se encontra muito distante do que se tem teoricamente preconizado pelo SUS. Isso porque se sabe que existem inúmeros direitos constitucionais protegendo todos os cidadãos brasileiros, mas, por outro lado, segundo a visão de Leny da Silva (2010), mesmo tendo a previsão constitucional de tais direitos, também é sabido que o sistema de saúde brasileiro não traz garantias suficientes para a efetividade do direito à saúde a todos os indivíduos brasileiros.

Em função disso, muitos cidadãos recorrem à justiça para ver os seus direitos garantidos, em especial os direitos à saúde, porém, a

judicialização não é a solução para o problema da “falta de saúde” no Brasil, mas pode ser um instrumento que possivelmente leve à solução, pois, é através de recursos judiciais que o Estado, que se encontra omissivo, talvez possa analisar e tomar iniciativas que minimizem o número de demandas judiciais no âmbito da saúde.

Se por um lado, o fato de se recorrer ao judiciário garante a alguns cidadãos o acesso a determinados serviços médicos ou medicamentos, por outro tem-se aqueles brasileiros desinformados ou que têm pouco acesso à justiça, ficando, portanto, fora do alcance da lei. Há ainda questões relativas à competência concorrential entre os Municípios, o Estado e a União que, em meio a tantas demandas, veem o orçamento apertado, uma vez que atendem aos mandatos judiciais com a verba que deveria ser destinada ao coletivo municipal.

Mediante o exposto, a presente pesquisa traz o seguinte questionamento: Na saúde, o atendimento às demandas individuais coloca em risco o atendimento às necessidades coletivas? Dessa forma, busca-se discutir a judicialização da saúde, tendo em vista a dicotomia existente na relação entre os direitos individuais e os direitos coletivos.

Para tanto, objetiva-se com esse estudo, demonstrar as causas que levaram a recorrência da sociedade ao poder judiciário em prol de seus direitos resguardados.

Metodologia: Os documentos utilizados para a pesquisa foram livros de grandes autores, cujas obras possibilitaram uma maior compreensão acerca do desenvolvimento da Judicialização da Saúde para atender as necessidades da sociedade. Também foi analisada a Lei 8.080/90, além dos comentários de pesquisadores e doutrinadores acerca dos artigos presentes nesta legislação, especificamente no que concerne a efetivação dos direitos à saúde.

2 O DIREITO À SAÚDE E AS PREVISÕES LEGAIS

2.1 SAÚDE COMO UM BEM INDISSOCIÁVEL

Pensar na saúde como direito, nos remete, em sentido amplo, a um bem conferido pelo Estado ao cidadão.

Assim, Pretel (2010) defende que o Estado tem o dever de tutelar a saúde uma vez que a saúde se tipifica como um bem jurídico indissociável do direito à vida. Dessa forma, o direito à saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, eleva a saúde à condição de direito universal integral de todos os cidadãos brasileiros, indistintamente, e também condiciona a sua leitura aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, dentre outros previstos em seu bojo.

Dallari (1995) percebe que a Constituição Federal positiva uma nova condição jurídico-formal para o sistema público de saúde brasileiro. Faz-se necessário destacar que as Constituições anteriores a de 1988 não tratavam a saúde como um direito. Somente eram atendidos os indivíduos que contribuíssem com a Previdência Social, ou seja, aqueles indivíduos que possuísem carteira de trabalho assinada.

Conforme salienta Cohn (2002), antes da Constituição de 1988, o atendimento à saúde da população excluída do mercado formal de trabalho não configurava um direito, não constituía uma obrigação do Estado decorrente de exigência constitucional. Os indivíduos que não contribuíssem para a previdência social ou eram atendidos pelas Santas Casas de Misericórdia, a título de benevolência ou, se possuísem recursos financeiros, recorriam a serviços médicos privados.

Dessa forma, reconhece-se, pela primeira vez, no Brasil, na Carta Constitucional, a igualdade, a liberdade e a cidadania como princípios importantes e sobre os quais se alicerça o direito fundamental à saúde.

Logo no seu art. 6º, a Constituição Federal insere a saúde no rol dos direitos sociais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio e no seu art. 194 reconhece a saúde como parte integrante do sistema de seguridade social do país.

No art. 196 da Constituição Federal, tem-se que

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, 1988).

Trata-se, portanto, de uma cláusula pétrea, ou seja, que não pode ser modificada. Ademais, a efetivação do direito à saúde é um direito fundamental que todos os cidadãos têm, pois é dever do Estado cumprir uma norma constitucional de eficácia plena.

O art. 198 deste mesmo diploma, por sua vez, estabelece as diretrizes do SUS, quais sejam: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade.

Os artigos seguintes do texto constitucional, 199, 200 e 201, instituem uma estrutura política complexa e abrangente para o cuidado com a saúde da população brasileira - a organização de um Sistema Único de Saúde (SUS) que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de Governo e participação da comunidade, destinada a garantir, de forma sistêmica e universal, o direito à saúde.

Tais preceitos são integrados pela Lei 8.080/90³, que em seu artigo 2º, dispõe: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A respeito deste direito à saúde, Henrique Castro (2005) afirma que a sua tutela apresentaria duas faces – uma de preservação e outra de proteção. Enquanto a preservação da saúde se relacionaria às políticas de redução de risco de uma determinada doença, numa órbita genérica, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa.

Hewerston Humenhuk (2002) apresenta a concepção de saúde atrelada à ideia de promoção à saúde e à qualidade de vida. Para o autor,

A saúde também é uma construção através de procedimentos. (...) A definição de saúde está vinculada diretamente à sua promoção e qualidade de vida. (...) O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males, proporcionando-lhe benefícios. (HUMENHUK, 2002, p.1)

Frente às disposições legais, *Aith (2007)* salienta que sempre que um cidadão for acometido por uma doença, o Estado brasileiro é obrigado a lhe oferecer atendimento integral, ou seja, todos os recursos médicos, farmacêuticos e terapêuticos que estiverem disponíveis para o tratamento da enfermidade em questão.

³ A Lei 8.080/90 estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulando, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

Destaca o autor que:

Sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população. (AITH, 2007, p. 17).

Do exposto, pode-se perceber que o direito social à saúde tem raízes jurídicas fortes, capazes de obrigar os governantes à prestação ordenada e sistêmica do mais alto cuidado com a saúde de todos, com respeito às diversidades e à dignidade de cada um, seguindo a diretriz de integralidade de assistência.

Todavia, tal tarefa estatal envolve questões complexas a serem enfrentadas, sobretudo financeira. É notável que esses tratamentos trazem implicações econômicas, e exatamente porque muitos tratamentos não são disponibilizados nos programas de saúde do Estado, muitas pessoas têm recorrido ao judiciário, buscando a obtenção de medicamentos, internações e ou tratamentos, a princípio, negados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Se por um lado, a recorrência ao judiciário tem sido a forma de muitos cidadãos terem seu direito garantido, por outro, fere o *princípio da reserva do possível*, colocando em rota de colisão os direitos individuais e os direitos coletivos.

2.2 DICOTOMIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM DETRIMENTO AOS DIREITOS COLETIVOS

A judicialização da saúde é um dos meios para solucionar a demanda da população por medicamentos e/ou tratamentos não disponibilizados pelo Estado. Esse fenômeno causa uma sensação de justiça para os mais necessitados. Entretanto, como é normal no ordenamento jurídico, esse instituto é rodeado de muitos pensamentos divergentes. Uns alegam que a judicialização não é a solução para o problema da “falta de saúde” no Brasil, até porque defendem que causará um congestionamento no Poder Judiciário, o que colocaria em risco a sociedade em geral. Além disso, muitos doutrinadores, tribunais e juristas percebem que a judicialização da saúde prioriza o direito individual em detrimento ao direito do coletivo, uma vez que atendendo a uma demanda específica de um cidadão, deixa de atender à coletividade.

Sobre esse aspecto Venturo (2007), em reportagem publicada pelo Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, afirma que a judicialização acaba ocasionando a expedição mensal de milhares mandados em todo o país. Além disso, ele afirma que essa recorrência ao Judiciário envolve a eterna dicotomia entre o individual e o coletivo, de outro modo, ao mesmo tempo em que o Judiciário evitaria violações de direito por parte do Estado, favoreceria o individualismo e a noção de que o Sistema Único de Saúde não funciona.

Nesta seara, percebe-se que existem posicionamentos doutrinários também divergentes acerca da efetividade de se recorrer ao Judiciário, visando garantir o acesso à saúde.

Por um lado, André da Silva Ordacgy (2007), Sarlet e Figueiredo (2007), Vieira e Ferraz (2009) acreditam que independentemente do aspecto financeiro, o direito à saúde tem de ser garantido pelo Estado. A saúde é um bem que o cidadão não pode dispor, logo, se está

necessitando de uma cirurgia de alto custo, por exemplo, deve a mesma ser disponibilizada pelo governo, pois, o que está em jogo é a vida do indivíduo e não méritos processuais. Por outro lado, Rigo (2007) e Carmo (2014) criticam e negam a eficácia da judicialização, uma vez que fere os direitos sociais. Isso porque o direito à saúde está sujeito à *reserva do possível*, já que para sua concretização exige o emprego de meios financeiros.

Outra problemática do fenômeno da judicialização da saúde é a de como o Estado deve proteger e solucionar as necessidades individuais das pessoas com riscos na saúde, e, ao mesmo tempo, fazer cumprir com seu dever de assistência coletiva, promovendo o acesso aos avanços biotecnocientíficos de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.

Assim, o principal desafio do Estado frente a essa dicotomia dos direitos individuais em detrimento aos direitos coletivos é formular estratégias políticas e sociais orquestradas com outros mecanismos e instrumentos de garantia democrática que aperfeiçoem os sistemas de saúde e de justiça com vistas à efetividade do direito à saúde.

Cabe ainda salientar que para melhor determinar a eficácia dos direitos à saúde deve-se levar em consideração alguns princípios e a análise de cada caso concreto. É que, ao deduzir uma pretensão na justiça jamais se quer privilégio, e sim quer que o cidadão seja respeitado na sua integridade física e na sua vida, porque o direito está respaldado na Constituição Federal.

3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A ESCASSEZ DE RECURSOS: UMA REALIDADE A SER OBSERVADA

Antes de adentrarmos no *Princípio da Reserva do Possível*, faz-se necessário retomar a discussão central proposta no presente

trabalho: na saúde, o atendimento às demandas individuais coloca em risco o atendimento das necessidades coletivas?

Como já exposto, a judicialização da saúde tem sido a forma de muitos cidadãos buscarem a efetivação do seu direito à saúde. Entretanto, vai de encontro ao princípio da reserva do possível, colocando em rota de colisão os direitos individuais e os direitos coletivos.

O princípio da reserva do possível tem origem alemã e sua construção teórica remonta à década de 70. Na concepção de Sarlet e Figueiredo (2007):

“[...] a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos sociais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos [...]”. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p.188)

Para Rigo (2007):

Os direitos sociais condicionados à prestação do Estado (como é o caso da saúde) sujeitam-se à reserva do possível, que está vinculada ao limite de recursos do Estado, significando, em síntese, que a pessoa somente pode exigir do Estado uma prestação que seja razoável para o Estado cumprir. A cláusula da reserva do possível abrange a possibilidade e o poder de disposição do Estado, colocando os direitos sociais prestacionais na dependência da conjuntura socioeconômica. (RIGO, 2007, p.177).

De se observar que o Estado não apresenta recursos ilimitados, tendo, portanto, que realizar escolhas locativas dos recursos existentes em todas as áreas de interesse social, como educação e segurança.

Dessa forma, observa-se que a natureza prestacional do direito à saúde conduz a uma justa ponderação entre a pretensão e a

disponibilidade financeira da Administração Pública, sob pena de se privilegiar a individualidade em detrimento à coletividade.

Neste contexto, de se ter em conta que a escassez de recursos é fato, mais perceptível neste contexto de crise política, envolvendo corrupção. Logo, verifica-se que não é possível dispor das políticas quando o objetivo é garantir a observância da efetivação do direito à saúde para todos os cidadãos.

Portanto, percebe-se que diante do limite financeiro do Estado e da competência concorrencial para a prestação dos serviços à saúde, é preciso determinar como as ações e serviços de saúde serão realizados, em observância aos princípios constitucionais, como o mínimo existencial e a reserva do possível.

3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: UMA PONDERAÇÃO NECESSÁRIA COM VISTAS À EQUIDADE NO SUS

Outro aspecto a ser observado acerca da judicialização do direito à saúde é o binômio “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Segundo o jurista Torres e Figueiredo (2007), “o mínimo existencial diz respeito a um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES e FIGUEIREDO, 2007, p.188).

Importa salientar que a garantia do mínimo existencial não é consagrada explicitamente na Constituição, sendo conceituada pela doutrina ora como direito pré-constitucional, ora como direito tipicamente fundamental, versando sobre a integridade física, implicitamente ligada à dignidade da pessoa humana e a outros direitos fundamentais.

Não obstante, Carmo (2014) complementa que para garantir apenas o mínimo para uma vida digna não pode ser considerado como medida exaustiva que isente o ente público de maiores obrigações, uma vez que ao Estado caberá a busca constante por meios que contemplem a recuperação da saúde em maior amplitude.

O fato que se pode perceber é que, o Poder Judiciário, sob a justificativa de se garantir o “mínimo existencial”, sem a devida observação à teoria da reserva do possível, retira o “mínimo” de uns para conferir o “máximo” a outros, indo de encontro aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sendo assim, pode-se afirmar que não é proporcional retirar escassos recursos da administração e conferi-los a um único indivíduo, em detrimento da coletividade de usuários do sistema público.

Ademais, é de grande relevância a compreensão de cada caso concreto, separadamente, logo que, faz-se mister o fato de que se deve priorizar os usuários mais necessitados em detrimento daqueles que, muitas vezes, dispõem de recursos financeiros para arcarem com os serviços médicos pretendidos.

Desta forma, segundo Carmo (2014), cabe a discussão, à luz do princípio da equidade, a necessidade de comprovação da hipossuficiência do usuário em arcar com o pedido da demanda, partindo-se da premissa da reserva do possível e a escassez de recursos. As ações e serviços de saúde, oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, devem priorizar os usuários que apresentam maior risco no que tange ao aspecto social, cultural e econômico, bem como as ações de prevenção e proteção da saúde, sabidamente menos onerosas de que a recuperação da mesma.

Com base no exposto, ressalta-se a relevante observação acerca dos critérios que devem permear os julgamentos das demandas que envolvam o direito à saúde e sua implementação, sob pena de se

privilegiar determinados usuários sob a ótica da finitude dos recursos financeiros.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO E A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS

A questão central do presente trabalho -na saúde, o atendimento às demandas individuais coloca em risco as necessidades coletivas? - Parece ir adquirindo respostas, ou se não, novos questionamentos. Dessa forma a judicialização da saúde deve ser discutida sob a ponderação dos direitos, e nessa perspectiva o fatoé que a judicialização do direito à saúde não deve ser interpretada sob a ótica de extremos. O que se deve pretender defender é o equilíbrio entre o direito à saúde, a atividade jurisdicional e o dever do Estado de implementá-la, claro, dentro de suas reais disponibilidades e obrigações.

Na lição de Luís Roberto Barroso (2007):

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução judicialmente fácil nem moralmente simples nessa questão (BARROSO, 2007, p.4).

Dessa forma, não se trata apenas de méritos judiciais, mas sim com vidas que estão em jogo. Nessa perspectiva, percebe-se claramente que a judicialização pode ser interpretada como um “mal necessário”, no sentido de que caberá ao judiciário fiscalizar as ações

do Poder Executivo e possibilitar que o direito à saúde seja efetivado. Porém, esta atividade deve ser realizada de forma criteriosa, analisando-se os pedidos com maior afinco, observando-se as particularidades que as políticas públicas apresentam, apreciando-se a realidade social e a necessidade de quem pleiteia judicialmente o direito à saúde.

De fato, o Estado deve ter a responsabilidade de implementar e executar as políticas de saúde para que consiga abarcar todas as necessidades dos cidadãos em relação às prestações sociais. No caso da saúde, com certeza esse aspecto é mais evidente e, por conseguinte, é de extrema importância a ponderação acerca dos pressupostos que envolvem o direito à saúde, tendo por finalidade a busca pelo equilíbrio entre o dever estatal e a atividade jurisdicional.

4 AÇÕES CABÍVEIS PARA A EFETIVIDADE DO ACESSO À SAÚDE

Para a efetivação do direito à saúde é necessário de meios processuais adequados para instrumentalizar, pleitear a assistência à saúde. Portanto, deve-se ressaltar três principais: ação civil pública, mandado de segurança e as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de dar.

4.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública, cuja legitimação para propositura é ditada pelo art. 5º da Lei n. 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), é destinada à tutela de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos. Além disso, tem previsão legal pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.090/90).

Na visão de Leny Pereira Silva (2012):

As ações civis públicas tratam-se de instrumento de tutela coletiva de direitos e pressupõe, portanto, a representação de um grupo de pessoas - ora indeterminado, ora determinado ou determinável - por um legitimado extraordinário (figura que excepciona a regra do art. 6º do Código de Processo Civil). (SILVA, 2012, p.46).

Além disso, ele defende que, muito embora as ações civis públicas são de interesse público algumas propostas pelo *parquet* não raro veiculam interesse de um único paciente, ou de um grupo determinado e restrito.

A ação civil pública afigura-se como eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, beneficiando segmentos sociais hipossuficientes e estimulando a atuação estatal.

4.2 AÇÕES CONDENATÓRIAS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE DAR

Segundo Silva (2012) as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar são ações comuns, disciplinadas pelo Código de Processo Civil, normalmente de rito ordinário.

A legislação prevê o fornecimento desses “insumos terapêuticos” contém cláusulas abertas, atribuindo ao intérprete o dever de identificar e estabelecer o conteúdo da prestação. Dentro desse contexto, são comuns as ações em que se pleiteia, por exemplo, fraldas.

4,3 COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS AÇÕES

Quanto à competência, André da Silva Ordacgy (2007) explica:

Para a propositura da medida judicial cabível, esta pode ser de alçada da Justiça Federal ou Estadual, dependendo da pessoa jurídica de direito público que praticou a lesão ao direito à saúde do jurisdicionado. De qualquer forma, quando se tratar do fornecimento de medicamentos, o jurisdicionado pode optar em promover a ação na Justiça Estadual, caso deseje receber os remédios do Estado e/ou do Município, ou então na Justiça Federal, em face de todas as esferas do Poder Executivo, visto que o Sistema Único de Saúde (SUS) abrange todos os entes federativos (responsabilidade solidária), inclusive a União Federal, cuja presença por si só desloca a competência para o foro federal (art. 109, I e § 2º, da CRFB/1988). (ORGACGY, 2007, p.9)

Dado o exposto, percebe-se claramente que o ingresso de ações judiciais é uma das formas que os cidadãos encontraram para garantir seus direitos, tendo em vista, que direito à saúde é fundamental e, portanto, inviolável.

5 CONCLUSÃO

À luz de todo o exposto, buscou-se discutir uma visão teoria acerca das demandas individuais “versus” as necessidades coletivas, tendo em vista que, a judicialização da saúde é um dos meios que muitos cidadãos recorrem para ver os seus direitos garantidos. Uma vez que, o sistema de saúde brasileiro não traz garantias suficientes, para a efetividade do direito à saúde para todos os indivíduos brasileiros.

Entretanto, como é normal no ordenamento jurídico, esse instituto é rodeado de muitos pensamentos divergentes. Pois, uns alegam que a judicialização não é a solução para o problema da “falta

de saúde” no Brasil, até porque defendem que causará um congestionamento no poder judiciário, o que colocaria em risco a sociedade em geral. Além disso, muitos doutrinadores, tribunais e juristas percebem que a judicialização da saúde prioriza o direito individual em detrimento ao direito do coletivo, uma vez que atendendo a uma demanda específica de um cidadão, deixa de atender à coletividade.

Assim, é o que se pretende com o presente trabalho, trazer os dois pensamentos divergentes acerca desse fenômeno judicial, que envolve a eterna dicotomia entre o individual e o coletivo, que de outro modo, ao mesmo tempo em que o Judiciário evitaria violações de direito por parte do Estado, favoreceria o individualismo e a noção de que, de fato, o Sistema Único de Saúde não funciona.

Dessa forma, observa-se que a natureza prestacional do direito à saúde deve considerar, que de fato, há escassez de recursos e mais perceptível ainda num contexto de tanta corrupção governamental que o Brasil se encontra.

Portanto, é de grande relevância a compreensão de cada caso concreto, separadamente, logo que, faz-se mister o fato de que se deve priorizar os usuários mais necessitados em detrimento daqueles que, muitas vezes, dispõem de recursos financeiros para arcarem com os serviços médicos pretendidos, até por que a judicialização da saúde não se trata apenas de méritos judiciais, mas sim com vidas que estão em jogo.

Assim, mostra-se de extrema urgência refletir sobre as ações públicas que são realizadas para garantia dos direitos fundamentais essenciais a existência humana. Pois, é inaceitável que ainda seja veiculado nos meios de comunicação descasos na saúde pública, como a falta de hospitais, equipamentos, medicamentos, médicos, enfermeiros, funcionários, ambulâncias, leitos para internação,

enquanto milhões em dinheiro público são gastos em obras superfaturadas e desnecessárias, além dos desvios e corrupções.

Diante de todo o exposto, concluo que seja necessário que a Administração Pública seja exercida com idoneidade, moralidade e probidade, que seus gastos sofram um maior controle, e fiscalização do Ministério Público, para que haja transparência na utilização do dinheiro público e real efetivação e concretização de políticas públicas, que desvios e corrupções sejam realmente punidos. Ademais, cabe à população brasileira ser cidadã, e exerça seu papel primordial de fiscal do agente público e principal delator de qualquer ato escuso do poder público.

REFERÊNCIAS:

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 107.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro: E-Gov, 2007. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de> >. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 20 de fev. 2015.

BRASIL, LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1985 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm > Acesso em: 05 de mai. 2015.

BRASIL, LEI Nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm > Acesso em: 27 de fev. 2016.

CARMO, Wagner José Elias; MONTOVANI, Samuel Torezani. **A judicialização do direito à saúde.** Teresina: Revista Jus Navigandi, 2014. P. 1-11; 14- 17; 19- 23. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29028/a-judicializacao-do-direito-a-saude> >. Acesso em: 12 de fev. 2015.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro.** Brasília: Busca Legis, 2011. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14736-14737-1-PB.htm> >. Acesso em: 17 de mar. 2015.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo. **Saúde no Brasil: políticas e organização de Serviços.** 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002. P. 47 – 50.

DALLARI, Sueli. **Direito à saúde**. Brasília: Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, 1995. Disponível em < <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm> > Acesso em 17 de mar. 2015.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante**. Rio de Janeiro: Scielo, 2009, v. 52, n. 1, P. 223-251. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007 >. Acesso em: 5 out. 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 50- 54.

HUMENHUK, Hewerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Teresina: **Revista Jus Navigandi**, 2004. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais> >. Acesso em: 07 de abr. 2015.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível: e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 1.ed. P. 12 - 25.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila. **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil**. Belo Horizonte: Revista Saúde Pública, 2010. P. 1-9.

MAQUES, Silvia Badim. **O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei nº 219/ 2007:** Interpretação e aplicabilidade pelo poder judiciário. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, 2009. P. 1- 23.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão.** Brasília: Jus Navegandi, 2007. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em: 12 de abr. 2015.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos.** Santo Anastácio: Conteúdo Jurídico, 2010. P.2 -6.

RIGO, Vivian. Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de, (coordenação), **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 173-185.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. Porto Alegre: Revista Doutrina, 2007, v. 1, n. 1, P. 171-213. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 jun. 2015.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Brasília: Revista STJ, 2012. Capítulo VII. P. 46-51.

VENTURA, Miriam. **Judicialização da saúde: a balança entre acesso e equidade**. Rio de Janeiro: Portal do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, 2009. Disponível em: < http://www.cebes.org.br/default.asp?site_Acao=mostraPagina&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciaId=174 >. Acesso em: 04 de jun. 2015.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações Judiciais e direito à saúde**: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. Brasília: Revista Saúde Pública, 2009. P. 1-5. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf> >. Acesso em 30 de mar. 2015.

AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE EMPREGO E RELAÇÕES DE TRABALHO

Lorrayne Alves¹
Luis Felipe Almeida²
Daniel Rodrigues³

RESUMO: O que se pretende abordar no presente artigo é a distinção existente entre os institutos Relação de Emprego e Relação de Trabalho no Direito Trabalhista, expondo os requisitos que configuram a verdadeira relação de emprego amparada pela nossa legislação trabalhista. Para isto, apresenta-se o conceito de contrato de trabalho e suas espécies, definindo assim, se será a relação de trabalho ou a relação de emprego capaz de surtir os previstos efeitos jurídicos.

PALAVRAS- CHAVE: Relações de Trabalho. Relações de Emprego. Empregado. Empregador. Direito do Trabalho;

ABSTRACT: The aim of this article is to point the distinction between labor relations and employment relations in the Labor Law, in order to expose the requirements that shape on the real employment relations supported by Labor law, having the right to receive labor rights It presents the definition of labor contract and its kind, setting up the employment relations or the labor relations will be able to bear fruit legal effects.

¹Lorrayne Reiter Alves, Graduanda do Curso de Direito na instituição Fundação Educacional Nordeste Mineiro – FENORD/IESI

²Luis Felipe Amaral Almeida, Graduando do Curso de Direito na instituição Fundação Educacional Nordeste Mineiro – FENORD/IESI

³Daniel Scapellato Pereira Rodrigues, Graduado no Curso de Direito na Fundação Educacional do Nordeste Mineiro, Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Candido Mendes e Mestrando em Ciências das Religiões pela Faculdade UNIDA/Vitória-ES.

KEYWORDS: Labor relations. Employment Relations. Employee. Employer. Labor Law

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho foi pensado para proteger o trabalhador, que é considerado a parte mais fraca de uma relação jurídica empregatícia. Mas para isso, tem-se a necessidade de diferenciar o trabalhador no sentido amplo e o trabalhador com vínculo empregatício.

Importante se faz ressaltar para o presente estudo que todo empregado é considerado trabalhador, mas o contrário não verdadeiro. A CLT e demais normas trabalhistas são voltadas apenas à proteção dos direitos do empregado, por isso a importância de diferenciá-los dos trabalhadores no sentido amplo, como os autônomos, eventuais e os estagiários.

Neste trabalho expor-se-á os principais requisitos para a existência de uma relação de emprego e uma relação de trabalho, exemplificando e abordando as hipóteses destas relações contratuais trabalhistas sob o enfoque da legislação pertinente.

Há, entretanto a necessidade de diferenciar a relação de trabalho, que é uma expressão genérica que engloba toda modalidade de contratação de trabalho humano que admitimos atualmente, da relação de emprego, que, do ponto de vista jurídico é apenas uma modalidade da relação de trabalho, com tipo legal próprio e específico, inconfundível com o termo genérico da relação de trabalho.

2 RELAÇÃO DE EMPREGO

A Consolidação das Leis Trabalhistas, Constituição Federal de 1988 e demais normas trabalhistas são voltadas a assegurar os direitos

da relação de emprego, no caso, aquelas pessoas físicas que configuram ser empregados. E com isso prevê requisitos dessa configuração para só assim o determinado empregado ter direitos e benefícios, ou seja, jornada de trabalho, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, férias, entre outros.

Encontramos esses requisitos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (BRASIL, CLT, 1943).

Dos artigos acima citados, extraem-se alguns requisitos, quais sejam: pessoalidade, pessoa física, onerosidade, subordinação, não eventualidade e alteridade. Conclui-se que para existir uma relação de emprego, os requisitos citados devem estar presentes, sob pena de se declarar a não existência do contrato de emprego e da configuração de empregado. É necessário o estudo de cada um dos requisitos da relação de emprego.

O primeiro requisito, a pessoalidade, informa que o contrato é personalíssimo, *intuito personae*, não admitindo ser cumprido por terceira pessoa que não faz parte do mesmo. Enfatiza-se, porém, que a pessoalidade é elemento que incide apenas sobre o empregado, o empregador é despersonalizado, não importando para o contrato de emprego quem está no polo passivo configurando como empregador da relação de emprego. É o que prevê o artigo 10 da CLT: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados” (BRASIL, CLT, 1943).

O segundo requisito é a Pessoa Física. Segundo já prevê, para caracterizar a relação de emprego, o empregado deve ser pessoa física, excluindo assim a prestação do serviço por pessoa jurídica. Porém na realidade concreta esse requisito é invocado, aplicando-se simulação e usando uma roupagem de pessoa jurídica para encobrir a prestação de serviços por pessoa física específica. Em casos onde acontece essa fraude, prevalecerá a realidade, o caso concreto sabido e notório, sobre a norma.

Outro requisito para configurar a relação de emprego é a prestação de serviço de forma Não- Eventual. Nas relações de emprego há a característica do trato sucessivo, ou seja, o empregador tem expectativa que o empregado retorne ao local de trabalho e o faça de maneira contínua, com ânimo de permanecer no emprego. A relação esporádica, onde é evidente que o empregado não tem continuidade no serviço e não o faz de forma habitual será considerado uma relação empregatícia eventual, e que conseqüentemente o descaracteriza como empregado.

O contrato de trabalho é oneroso, como prevê o art. 3º da CLT: "mediante salário". É uma característica presumida, ou seja, se de um lado da relação de emprego há uma prestação de serviço, espera-se que do outro lado cabe o ônus da contraprestação por esse serviço. Afinal, todos nós temos em mente que todo trabalho, por mais simples que seja, é passível de uma parcela econômica. Assim são as lições de Henrique Correa:

Em regra, presume-se que a prestação de serviços é onerosa, pois de um lado o empregado assume a obrigação de prestar serviços, de outro, o empregador, a obrigação de pagar salário. (CORREIA, 2015, p. 67).

Outro requisito a ser mencionado é a Subordinação. Esse requisito, é sem dúvida, um dos mais relevantes para a diferenciação

da relação de emprego para as demais fórmulas de contratação de prestação de serviços, tido como exemplo as diversas modalidades de trabalho autônomo. A subordinação é basicamente, a sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, onde há uma posição de dependência. Dessa forma, o empregado fica subordinado às ordens do empregador.

Há diversos questionamentos quanto a essa subordinação: seria a subordinação jurídica, técnica ou econômica? É majoritário o entendimento de que essa subordinação não pode ser econômica, devido ao fato de que nem sempre o empregador tem salário superior ao empregado. Casos onde o empregado tem mais de um emprego ou o serviço prestado é de uma repercussão muito grande que são geradoras de renda superior ao do empregador, são exemplos claros da falha dessa teoria. Mesmo o empregado tendo renda superior, ele continua subordinado ao empregador, cumprindo horário de trabalho, sofrendo sanções, etc. Há de se notar que, pelo mesmo raciocínio, a subordinação não pode ser técnica, já que existem inúmeros casos onde o empregado tem maior conhecimento técnico em relação ao serviço prestado ao empregador. Acrescenta-se que muitas vezes pelo motivo de o empregador não ter conhecimento técnico do assunto ou objeto da empresa, é que ele contrata um especialista com maior conhecimento técnico para a prestação do serviço. Finalmente conclui-se que a subordinação é meramente jurídica, á que ao aceitar oferecer serviços ao empregador, o empregado se compromete em obedecer regras, normas e sanções que irão ser impostas por esse mesmo empregador (DELGADO, 2015).

Além dos requisitos já abordados, maior parte da doutrina traz a Alteridade como um requisito essencial para configurar uma relação de emprego. A alteridade obriga que todos os riscos do empreendimento devem ser suportados pelo empregador. Dessa forma, eventualmente ao surgirem riscos, como crise financeira, ou mal administração de uma empresa, os prejuízos serão do empregador, não

podendo ser dividido entre os trabalhadores. Finalmente, mesmo com prejuízos, salários e benefícios devem ser pagos normalmente aos empregados.

Os requisitos estudados acima podem ser constatados facilmente no dia a dia de empregados. Eles existem independente de norma jurídica, a ciência do Direito não os criou, mas o Direito os capta e aproveita desses elementos para explicar as situações fáticas relevantes. Os requisitos da relação de emprego podem então também ser chamados de elementos fáticos- jurídicos.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO

As relações de trabalho são caracterizadas por aspectos singulares presentes na contratação que, excepcionadas pela Carta Magna, eliminam a possibilidade de figurarem a relação de emprego. Isso significa dizer que, apesar das relações de trabalho estarem muito próximas às relações de emprego, para o Direito, formam figuras sócio jurídicas com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados que regem suas situações em concreto. Dessas relações de trabalho, merecem destaque o trabalhador autônomo, o eventual, o avulso, e o temporário.

Destaca-se que após o advento da Emenda Constitucional nº45/2004, que alterou o art. 114 da CF/88, a Justiça do Trabalho teve sua competência ampliada para processar e julgar causas envolvendo relações de trabalho em seu sentido amplo. Assim, a competência da Justiça do Trabalho é toda matéria ligada ao processo do trabalho (CORREIA, 2015).

O trabalhador autônomo é o chefe de si mesmo, é o que presta serviços por conta própria, e assume os riscos de seu próprio empreendimento. Essa espécie de trabalhador é dono de suas ferramentas de trabalho e ele mesmo faz seu horário, preços e

descontos provenientes do serviço prestado. Dessa forma, o trabalhador autônomo se diferencia da relação de emprego pela falta do elemento fático-jurídico da subordinação, em relação à forma de desenvolvimento das atividades contratadas, onde ele é o empregado e ao mesmo tempo, o tomador dos serviços. Há a ausência de sua vinculação com o contratante, já que não existe subordinação. Nada impede, por exemplo, que esse trabalhador seja contratado como um empregado de empresa especializada no tipo de serviço que ele prestava de forma autônoma, desde que estejam presentes os requisitos da configuração da relação de emprego.

Conforme discorre Delgado (2015, p. 322), “a subordinação ocorre quando o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no *modus faciendi* da prestação de trabalho”. Assim, sendo o trabalhador livre para tomar a direção do modo para a prestação dos serviços, não há o que se falar em subordinação do trabalhador autônomo ao tomador do serviço.

Ressalta-se que mesmo em se tratando de serviço pactuado com pessoa física, a personalidade do autônomo pode ser afastada na medida em que não é necessário que ele próprio cumpra com a obrigação. Embora haja situações em que se estabelece cláusula de personalidade rígida, ainda assim, não acarretará prejuízo da absoluta ausência de subordinação.

O trabalhador eventual é aquele que presta serviços ocasionais, eventuais ou esporádicos, e fica evidenciado a ausência da expectativa de retorno ao local de trabalho. Nessa espécie tem-se a falta do requisito da habitualidade, ou não eventualidade, para configurar o vínculo empregatício.

O eventual é caracterizado pela descontinuidade da prestação do trabalho, a não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, pela curta duração do trabalho prestado, a não correspondência entre a natureza da prestação de serviço e os fins normais da empresa.

Nota-se que a peculiaridade do trabalhador eventual está ligada a eventualidade da prestação dos serviços. Nesse sentido, surgem quatro principais teorias objetivando fixar critérios de identificação do elemento da eventualidade, são elas: a teoria do evento, faz referência ao trabalhador contratado para atender um serviço esporádico decorrente de um evento episódico do contratante; a teoria da descontinuidade, que se baseia na ideia de segmentação na prestação de serviço ao longo do tempo; a teoria dos fins do empreendimento, destinada ao trabalhador que realiza tarefas estranhas à aquelas exercidas pelo contratante; e a teoria da fixação jurídica, que qualifica como trabalhador eventual aquele que não se fixa a um ou outro tomador de serviços.

Cabe destaque ao trabalhador avulso, que tem seu vínculo empregatício amparado mesmo não sendo empregado. A principal característica desse trabalhador é a intermediação de mão de obra, que geralmente é feita por um Órgão Gestor de Mão de Obra- OGMO. Ele não é empregado nem do sindicato nem do OGMO, mas o art. 7º, XXXIV, da CF/88 entendeu que esse trabalhador deveria ter todos os direitos previstos para os empregados, como férias, décimo terceiro salário, FGTS, etc. Segundo a Constituição Federal (1988), além desses direitos, garantidos aos trabalhadores rurais e urbanos, há aqueles que visam à melhoria da sua condição social, como a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

O avulso se distingue do trabalhador eventual pela oferta da prestação de suas atividades no mercado específico em que atua através de uma entidade intermediária, que estará encarregada de arrecadar o valor correspondente à prestação do serviço e repassar o pagamento ao trabalhador.

A Portaria n.º 3.107, de 07 de abril de 1971, do então Ministério do Trabalho e Previdência Social, define essa categoria de

trabalhadores como todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, possua a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe.

Muito embora essa categoria avulsa engloba principalmente os trabalhadores da orla marítima e portuária, também é destinada àqueles que exercem atividades em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

Por fim, o trabalhador temporário, previsto na Lei n.º 6.019/74, que traduz uma modalidade de terceirização expressamente prevista em lei baseada em uma relação triangular de trabalho.

A relação de trabalho com trabalhador temporário poderá ocorrer quando há necessidade momentânea de substituição dos empregados permanentes pelo tomador de serviços, ou pelo aumento extraordinário das atividades a que se destina. Contudo, essa contratação deverá ser solene e pelo prazo determinado de, no máximo, 3 (três) meses, salvo se houver prorrogação expressamente autorizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

O trabalhador temporário prestará serviços tanto na atividade fim da empresa, como por exemplo trabalhador contratado por fábrica de chocolates em época da Páscoa para confeccionar ovos de chocolate, como na atividade meio, como serviços de limpeza da tomadora dos serviços. Essa é uma das diferenças básicas entre essa modalidade e o empregado terceirizado. Este somente poderá ser contratado para prestação de atividade-meio da empresa tomadora. Outras diferenças são, o prazo da realização de serviços, já que na terceirização não há prazo determinado, e a remuneração, já que o trabalhador temporário terá direito a salário equivalente e os terceirizados não têm direito ao mesmo salário e jornada dos empregados da tomadora de serviços.

O art. 12 da Lei n.º 6.019/74 estabelece os seguintes direitos dos trabalhadores temporários: remuneração equivalente, jornada de 8

horas, férias proporcionais acrescidas de adicional 1/3 (um terço), repouso semanal remunerado, adicional por trabalho noturno, indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido, seguro contra acidente do trabalho e proteção previdenciária.

Embora não conste no rol taxativo de direitos dos trabalhadores temporário o décimo terceiro salário, há previsão constitucional e a doutrina e jurisprudência tem reconhecido esse direito a essa modalidade de trabalhador. E por fim, tendo em vista sua própria natureza do trabalho, ser temporário, e ser por prazo determinado (três meses), não há direito ao aviso-prévio, devido ao fato de as partes já saberem previamente a data do término do contrato.

4 CONCLUSÃO

Após todo esse indumentário, restam claro os requisitos para considerar válida a relação de emprego ou a relação de trabalho, traçando os pontos essenciais que delineiam as relações empregatícias, de acordo com os pressupostos exigidos em lei.

Pode-se concluir que, ausente qualquer dos requisitos ou elementos fáticos jurídicos para a relação de emprego, surge oportunamente uma relação de trabalho, que se fundamenta na pessoa do trabalhador, qualquer que seja a modalidade do serviço prestado (contínuo, eventual, temporário), e na exigência de que o tomador do serviço não seja o usuário final.

Contudo, deve a sociedade reconhecer a necessidade e a importância dos direitos trabalhistas destinados a todas as relações de trabalho, como também deve ser reconhecido a relevância dos direitos trabalhistas que asseguram aos trabalhadores toda proteção legal que lhes são de direito, mantendo assim uma ordem social justa.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 de maio de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.019/74 de 03 de janeiro de 1974**. Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 02 de maio de 2015.

MTPS. **Portaria nº 3.107 de 07 de abril de 1971**. Conceito trabalhador avulso. Disponível em: <<http://www.fentramacag.com.br/legislacoes/02022007150202.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTR, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
CORREIA, Henrique. **Coleção Tribunais e MPU - Direito do Trabalho - Para Analista**. 5a ed. Rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS ELETRICITÁRIOS: DIREITO OU BENESSE

João Paulo Farias Dutra¹
André Luiz Peruhype Magalhães²

RESUMO: O artigo em tela busca determinar o sentido social e jurídico do instituto da aposentadoria especial e confrontar as impossibilidades legais da sua concessão ao trabalhador eletricitário. Para tanto, propõe-se a análise doutrinária e jurisprudencial da atividade perigosa, bem como, do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, sem negligenciar os princípios, as negativas administrativas e a relatividade dos julgamentos dos tribunais. Ao final, pondera-se o intuito preventivo e a função compensatória desse benefício previdenciário aplicados à condição específica do eletricitário, senão aos demais segurados que, igualmente, labutam submetidos aos riscos dos agentes nocivos de periculosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria Especial. Direito Previdenciário. Eletricitário. Periculosidade.

ABSTRACT: Article in search screen to determine the social and legal sense of the special retirement institute and confront the legal impossibility of granting the electrician worker. We propose to doctrinal and jurisprudential analysis of dangerous activity, as well as the Constitution and the constitutional legislation, without neglecting the principles, administrative negative and the relativity of judgments of the courts. In the end, weighs up the preventive purpose and the compensatory function of social security benefit applied to the specific condition of the electrician, but the other policyholders who also toil submitted to the risks of harmful agents of danger.

¹ Bacharel em Direito e egresso da FENORD.

² Mestre em Direito das Instituições Políticas, pela FUMEC-BH. Professor de Direito Tributário da IESI-FENORD. Advogado Militante.

KEYWORDS: Special retirement. Social Security Law. Electrician. Dangerousness

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê como regra geral, em seu artigo 201, §1º, que é proibido aplicar requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social. Todavia, há uma ressalva na própria norma constitucional de que nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, será permitido adotar critérios diferenciados para o fim de conceder aposentadoria especial ao segurado nessas condições.

Ora, como se percebe, o texto constitucional não logrou elucidar quais seriam notadamente essas condições especiais passíveis de prejudicarem a saúde ou a integridade física do segurado. E a lei infraconstitucional não enumerou satisfatoriamente os agentes nocivos, restringindo a concessão do benefício de aposentadoria especial aos casos de insalubridade, excluindo as situações que envolvem os agentes de penosidade e periculosidade, como o trabalho exposto ao risco da eletricidade.

Assim que, por se tratar de matéria constitucional e reconhecidamente necessária para a esmerada concretização da justiça, urge a pacificação entre a legislação previdenciária e o entendimento jurisprudencial.

Fato é que a exposição à eletricidade fora cabível em tempos remotos no ordenamento jurídico, entretanto, desde o ano de 1997 está extirpada das vias legais, não mais constando na relação de agentes nocivos, nem possibilitando como outrora a concessão de aposentadoria especial após 25 anos de exposição.

A multiplicidade de leis previdenciárias resultou numa crise de interpretação do instituto da aposentadoria especial.

Desde então se fomenta acirradas disputas entre os eletricitários e a autarquia do INSS. Essa, por sua vez, não cede nas vias administrativas, posto que será preciso recorrer às vias judiciais para o alcance do benefício.

A administração pública tem sua atuação determinada pelo princípio da legalidade e, portanto, não pode transcender a lei. Por outro lado, a lei deve ser justa e igualitária para a concretização da justiça.

Por fim, mostra-se importante a conceituação e a abordagem dos assuntos relativos ao tema em estudo, a começar pela seguridade e previdência social e, sobretudo, pelo benefício da aposentadoria especial e a figura do eletricitário.

2 O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabe-se que, a aposentadoria especial é um benefício da previdência social que, por sua vez, trata-se de uma das espécies do gênero seguridade social. Para melhor compreensão, alguns conceitos são apresentados a seguir.

O conceito de seguridade social pode ser entendido a partir da sua origem, qual seja, a incessante busca do ser humano por segurança diante dos infortúnios que assediam a humanidade. Dessa forma, as estratégias de proteção do grupo social e as suas inúmeras façanhas para resistir ou subjugar as desfavoráveis eventualidades da vida configuram a ideia de seguridade social (IBRAHIM, 2008).

Com base no artigo 194, caput, da Constituição Federal de 1988, obtém-se melhor preceito: “A Seguridade Social compreende um

conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Em síntese, esse conjunto explicitado por lei é a composição de diversas partes organizadas, formando um sistema; um conjunto de princípios e normas, assim como um emaranhado de instituições, de entidades que criam e aplicam o direito pelo qual se ampara os indivíduos em situações de contingências (IBRAHIM, 2008).

A contingência é a situação incerta, que pode ou não acontecer, e caso aconteça, haverá proteção social; sendo exemplos: enfermidade, idade avançada, maternidade, prestações familiares (ausência de alimentos, roupas, habitação, por exemplo); morte, invalidez, acidente do trabalho, necessidade de tratamento médico e desemprego (MARTINS, 2012).

Por outro lado, a previdência social é um direito fundamental, listado entre outros direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e que se organiza sob a forma de regime geral, assume caráter contributivo e possui filiação obrigatória (EDUARDO, EDUARDO, TEIXEIRA, 2006).

O caráter contributivo da previdência social está associado ao fato de que o segurado, via de regra, somente receberá o benefício se também houver contribuído com o sistema previdenciário, o qual se baseia na solidariedade humana, isto é, a população de trabalhadores ativos deve sustentar os aposentados, qual seja, a população inativa (GOES, 2009).

Quanto à obrigatoriedade de filiação entende-se que, toda pessoa que exerça atividade laboral, sendo remunerado por isso, está vinculada automaticamente ao regime de previdência social, como aduz Ibrahim (2008), o qual ainda justifica essa compulsoriedade na certeza do futuro benefício, seja como resultado da solidariedade previdenciária, seja por suprir as falhas de um sistema de contribuição

voluntária que, possivelmente, resultaria em fracasso, afinal, os jovens nem sempre se preocupam com o futuro.

2.2 O BENEFÍCIO E A SUA CONCESSÃO LEGAL

Preliminarmente, salienta-se que “a aposentadoria visa substituir o salário ou a renda que o trabalhador tinha quando estava trabalhando” (MARTINS, 2012, p. 331).

Neste sentido, a aposentadoria está consagrada como direito fundamental do trabalhador previsto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 7º, inciso XXIV.

Por outro lado, a aposentadoria especial, ponto de reflexão deste artigo, consiste numa modalidade de aposentadoria por tempos de contribuição e de serviço reduzidos e será devida ao segurado que tenha trabalhado ininterruptamente, durante 15, 20 ou 25 anos; sob condições especiais que danifiquem sua saúde ou integridade física (RUSSOMANO, 2001).

Segundo os autores Castro e Lazzari, a aposentadoria especial pode ser entendida como se apresenta a seguir:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas (CASTRO, LAZZARI, 2013, p. 714-715).

Compartilhando da mesma compreensão, Marisa Ferreira dos Santos apresenta a aposentadoria especial como “espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, que é reduzido para 15, 20 ou 25 anos em razão da atividade exercida, cuja habitualidade, de

alguma forma, traz consequências à saúde do segurado” (SANTOS, 2011, p. 247).

Com efeito, a aposentadoria especial é vista como exceção à regra do sistema previdenciário, nos termos do artigo 201, § 1º, da Lei Maior; senão vejamos:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar (BRASIL, 1988).

Segundo observa Tavares (2012), farão jus ao benefício da aposentadoria especial o segurado contribuinte individual, na qualidade de cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, bem como o segurado empregado ou o avulso que trabalhem durante 15, 20 ou 25 anos; sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, desde que comprovem perante o Instituto Nacional do Seguro Social o tempo de trabalho não ocasional nem intermitente, mas permanente, exercido, sob tais condições, durante o tempo específico exigido para cada caso.

Além disso, a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita através do famigerado perfil profissiográfico previdenciário que, por sua vez, pode ser entendido como espécie de formulário contendo várias informações acerca da empresa, da atividade desenvolvida pelo segurado, dos afastamentos por acidentes de trabalho, bem como da intensidade do agente nocivo ao qual ele está sendo submetido, dentre outras informações importantes. Enfim, trata-se do histórico laboral do segurado que possibilita ao INSS conhecer das circunstâncias e condições de trabalho, utilizando-se, para isso, de laudo técnico de condições

ambientais do trabalho (LTCAT) expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho (IBRAHIM, 2008).

O segurado tem o dever de cumprir ao menos com 180 contribuições mensais junto à previdência social para ter direito ao benefício em espécie (SANTOS, 2011).

Ao usufruir do benefício da aposentadoria especial, o segurado está proibido de retornar às atividades que o exponha às condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, pois caso contrário, o seu benefício será automaticamente cancelado, nos termos do § 8º, do artigo 57, da Lei 8.213/91 (CASTRO, LAZZARI: 2013).

3 APOSENTADORIA ESPECIAL E AS POSSIBILIDADES DE SUA CONCESSÃO AOS ELETRICITÁRIOS

3.1 A PERICULOSIDADE (ELETRICIDADE): VISÃO DOUTRINÁRIA

A categoria dos eletricitários está legalmente excluída do grupo de beneficiários da aposentadoria especial (IBRAHIM, 2008), sendo, porém, reconhecida a sua atividade como essencialmente perigosa, consoante o artigo 1º da Lei 12.740 de 2012, que regulamenta o artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para o entendimento estatal, materializado no posicionamento da autarquia previdenciária (INSS), os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e que ensejam a concessão do benefício da aposentadoria especial estão restritos, basicamente, aos casos de insalubridade (IBRAHIM, 2008).

O agente físico eletricidade é uma hipótese de periculosidade. Nesta senda, dentre os pouquíssimos autores que debatem

especificamente sobre o dilema, cita-se o esclarecimento de Ibrahim nos termos a seguir:

A exclusão da periculosidade é correta, pois se o segurado escapa incólume da atividade, não terá sua higidez física mais prejudicada do que qualquer outro trabalhador. A intenção da aposentadoria especial é amparar aqueles que são, em tese, vulnerados pelos agentes nocivos e, portanto, têm sua integridade física e/ou mental degradada em maior intensidade. Daí os segurados que exercem atividades com energia elétrica, inflamáveis, radiações ionizantes, entre outros, não dispõem do benefício de aposentadoria especial, salvo, evidentemente, a comprovação da nocividade por outros motivos. Alguns até foram beneficiados, no passado, em razão do enquadramento por atividade, antes do advento da Lei n.º 9.032/95 (...) (IBRAHIM, 2008, p. 604).

Martins (2012), por sua vez, explicando o parágrafo 4º do artigo 57 da Lei 8.213/91 que menciona sobre os agentes nocivos cita o fator eletricidade, dentre outros, que possam causar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador em virtude de sua concentração e intensidade ante à exposição. Todavia, ressalta a única possibilidade de concessão da aposentadoria especial ao eletricitário, aduzindo que o exercício de “atividade com energia elétrica ou penosa só implica o pagamento da aposentadoria especial até 05-03-1997 se o segurado contasse 25 anos ou mais de exercício de atividade nessa condição” (MARTINS, 2012, p. 360). Ademais, o autor acrescenta, conforme a seguir:

Não necessariamente a aposentadoria especial irá coincidir com as pessoas que recebem adicionais de remuneração. Exemplo seria o adicional de periculosidade. O pagamento do adicional pode ser um indício ao direito à aposentadoria especial (MARTINS, 2012, p. 361)

Neste sentido, o autor Marcelo Leonardo Tavares expressa similar entendimento de que, exceto “as situações de direito adquirido (de prestação de serviço na época em que havia previsão legal), não são consideradas especiais as atividades perigosas, mas somente as insalubres” (TAVARES, 2012, p. 159).

Todavia, para Maria Lúcia Luz Leiria (2001 *apud* CASTRO; LAZZARI, 2013), a aposentadoria especial deve amparar o trabalhador que labora sob condições nocivas e perigosas à integridade física, o que significa não restringir a concessão apenas aos casos de atividades apresentadas em regulamento.

Os autores Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen (2005) se posicionam favoráveis a que o período de trabalho exposto aos agentes nocivos seja valorado para obter o direito a aposentadoria especial, ainda que tais agentes nocivos não estejam expressamente previstos em lei.

Neste entendimento, pactua também o jurista João Ernesto Aragonés Vianna (2007), harmonizando-se com a jurisprudência majoritária que vislumbrou o caráter exemplificativo do rol de agentes nocivos.

Sabe-se, entretanto, que a necessidade de comprovação do tempo de atividade laboral sob condições especiais supera a preocupação com a taxatividade do rol de agentes nocivos e do rol exemplificativo das atividades prejudiciais à saúde e à integridade física, senão vejamos:

Com a edição de Lei n. 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, sendo, a partir daí, desnecessário que a atividade conste do rol das normas regulamentares, mas imperiosa a existência de laudo técnico que comprove a efetiva exposição a agentes nocivos (SANTOS, 2011, p. 245).

3.2 O BENEFÍCIO PARA OS ELETRICITÁRIOS: PERSPECTIVAS

Como se sabe, no rol dos agentes nocivos do Anexo IV do Decreto 3.048/99, não é possível visualizar o elemento eletricidade como agente físico a ensejar a concessão da aposentadoria especial, sendo por isso, desconsiderado pelo INSS, ente da administração pública indireta, que está pautado pelo princípio da legalidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO FILHO, 2003).

Sobre o princípio da legalidade, Hely Lopes Meirelles simplifica em síntese bem elaborada, senão vejamos:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES, 2012, p. 89)

Neste aspecto, para que o INSS possa conceder o benefício de aposentadoria especial aos eletricitários, torna-se imprescindível um ato legal do Poder Executivo ou a promulgação de uma lei complementar, afim de que tais direitos constitucionais sejam efetivamente garantidos, como preceituam os artigos 58 da Lei 8.213/91 e o artigo 201, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Acrescenta-se a essa perspectiva administrativa o fato de que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tem refutado os pedidos de aposentadoria especial, formulados pelos eletricitários, fundamentando-se na interpretação literal e restrita da lei que condiciona a concessão da aposentadoria especial à existência do “tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente” exposto aos agentes nocivos, indicado pelo artigo 64, § 1º, do

Regulamento da Previdência Social. Dessa forma, como a exposição ao risco não ocorre durante toda a jornada de trabalho, então, a atividade perigosa de eletricitista não pode se enquadrar para fins de concessão da aposentadoria especial (MACHADO, 2013).

Neste ponto em especial, o que caracteriza o trabalho permanente não é a exposição ao agente nocivo em todas as horas da jornada laboral, sendo suficiente que, num período considerável da atividade, haja exposição apta a comprometer a saúde ou a integridade física do trabalhador. Ademais, tal exposição à agressividade não precisa ser diária, exigindo-se apenas que seja habitual (LEITÃO, 2007).

Observa-se que, embora o eletricitário careça de reconhecimento da sua atividade para fins de proteção previdenciária, a legislação trabalhista não prescinde da proteção à sua integridade física. Por isso, o empregador é responsável pelo pagamento do seguro de acidente de trabalho (SAT) em proveito do eletricitário que, por sua vez, recebe certa quantia a título de adicional de periculosidade. Além disso, outro instrumento de proteção a esse trabalhador é a exigência legal de utilização de equipamento de proteção individual, em demonstração clara e evidente de atividade especial condicionada a ensejar tratamento diferenciado, como salienta Teles e Machado (2012).

O próprio ato de negar o benefício de aposentadoria especial ao trabalhador eletricitário pode consistir em grave ofensa aos seus direitos fundamentais, tendo em vista que a previdência social é direito fundamental garantido pela Constituição de 1988 (EDUARDO, EDUARDO, TEIXEIRA, 2006).

Neste sentido, não conceder injustamente o benefício previdenciário ao seu titular, evidencia nítida ofensa aos princípios da dignidade e da igualdade (TELES; MACHADO, 2012).

O princípio da dignidade humana “implica na intangibilidade da vida, o que pressupõe o respeito à integridade física e psíquica do trabalhador, o que assegura condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família” (TELES; MACHADO, 2012, p. 66).

Portanto, a garantia da dignidade como valor considerado no meio ambiente do trabalho e na proteção previdenciária, tende a amparar o eletricitário ante a exposição que põe em risco concreto a sua integridade física e psicológica, confrontando a sua tranquilidade, pois trabalha sob constante tensão.

Destaca-se ainda que, o princípio da igualdade deve ser apreciado quando se deleita sobre a análise da concessão da aposentadoria especial ao eletricitário.

A propósito, a igualdade como princípio se revela mais interessante em seu sentido material, pois o ato de tratar de forma igual não indica que as pessoas destinatárias deste tratamento sejam de fato iguais, podendo estas serem iguais só em alguns aspectos. Nessas circunstâncias, a lei deve levar em consideração as desigualdades dos grupos entre si, aplicando o princípio da igualdade em conformidade com cada caso concreto, segundo as suas singularidades, e não de forma abstrata sob o risco de se propiciar a injustiça (SILVA, 2009).

Por outro lado, o entendimento jurisprudencial majoritário é favorável à concessão da aposentadoria especial ao eletricitário. Por exemplo, a maioria dos julgados concebe a ideia de que a exposição ao risco não requer, como prova imprescindível, que ocorra durante o tempo integral da jornada de trabalho. Aliás, não seria esse o objetivo do legislador ao dispor sobre os aspectos da habitualidade e permanência do trabalho especial, sobretudo, quando se trata do trabalho perigoso (MACHADO, 2013).

Nesta senda, é conhecido de todos que o Superior Tribunal de Justiça, através do ministro Antônio Herman Benjamim, consolidou o posicionamento de que o rol de atividades laborais e de agentes nocivos

que podem viabilizar a concessão da aposentadoria especial é exemplificativo. Em seguida, o referido julgamento apresentado por Castro e Lazzari (2013, p. 717):

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTS. 57 E 58 DA LEI N.8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. N. 8/2008-STJ).

É possível considerar como atividade especial para fins previdenciários o trabalho exposto à eletricidade, mesmo se exercido após a vigência do Dec. n. 2172/1997, que suprimiu eletricidade do rol de agentes nocivos.

À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivas à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser considerado especial o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional nem intermitente e em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/1991). O extinto TRF também já havia sedimentado na Súm. n. 198 o entendimento acerca da não taxatividade das hipóteses legais de atividade especial. Precedentes citados: AgRg no Resp 1.168.455-RS, Dje 28/06/2012, e AgRg no Resp 1.147.178-RS, Dje 6/6/2012. (Resp 1.306.113-SC. Primeira Seção. Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 14.11.2012) (BRASIL, STJ, 2012).

Dessa forma, o eletricitário poderá se aposentar aos 25 anos de trabalho, sendo, portanto, reconhecida a exposição à energia elétrica acima de 250 volts como agente nocivo, senão vejamos:

(...) “Decorrentemente, mesmo que para outro efeito jurídico (pagamento do respectivo adicional), devem ser observados os critérios técnicos insertos por essas normas, as quais conferem caráter especial de perigo à atividade dos trabalhadores do setor de energia elétrica

e possibilitam a aposentadoria aos 25 anos de trabalho, porquanto tais pressupostos permitem a configuração de tais funções como perigosas, ainda que a atividade exercida não conste de forma expressa nos Decretos nº 53.831, de 1964, nº 83.080, de 1979 e nº 2.172, de 1997, até mesmo porque a periculosidade não se encontra presente apenas nas empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica, mas também naqueles estabelecimentos onde o risco de exposição aos efeitos da eletricidade estão presentes. Diga-se, a propósito, que o próprio Decreto nº 93.412, de 1986, descreve como suscetível de gerar direito à percepção do Adicional de Periculosidade a manutenção de fontes de alimentação de sistemas de comunicação(...)" Assim sendo, no tema, devem ser aplicados de forma integrada o disposto no Decreto nº 53.831, de 1964 (Código 1.1.8) e na Lei nº 7.369, de 1985 (regulamentada pelo Decreto nº 93.412, de 1986) até 05-03-1997, e essa norma e o seu regulamento para o tempo laborado com comprovada sujeição à eletricidade posterior a 06-03-1997". (STJ, AGRESP nº 228832/SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJU de 30/06/2003, p. 320) (BRASIL, STJ, 2003).

Percebe-se que o entendimento da Excelsa Corte valora mais detidamente a prova da efetiva exposição ao agente nocivo à saúde do que propriamente a constatação taxativa da atividade no bojo da lei. Dessa maneira, cuida-se de considerar a aposentadoria especial norma de natureza preferencialmente constitucional, posto ser mais interessante analisar a atividade sob seu caráter nocivo, tal como previsto na Constituição de 1988.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO.
APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.
EXPOSIÇÃO AO AGENTE ELETRICIDADE.
ENQUADRAMENTO NO DECRETO Nº 83.080/1979.
AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ROL

EXEMPLIFICATIVO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, constando nos autos a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço, ainda que não inscrito em regulamento, posto que o rol de atividades nocivas descritas no Decreto nº 83.080/1979 é meramente exemplificativo.

2. No caso, muito embora a atividade de eletricitista não estivesse expressamente mencionada no Anexo II do Decreto n.º 83.080/1979, tem-se que é pressuposto da aposentadoria especial não apenas o enquadramento da atividade, mas a efetiva exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, o que restou demonstrado nos autos.

3. Tendo a Corte de origem afirmado expressamente, que no desempenho de sua atividade, o autor estava submetido ao agente nocivo eletricidade, de modo habitual e permanente, verificar essa condição por este Superior Tribunal importaria reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado sumular nº 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ - AgRg no REsp 1170672 / RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, DJe 29/06/2012) (BRASIL, STJ, 2012).

Ainda é possível, entretanto, encontrar posicionamento contrário à concessão da aposentadoria especial ao eletricitário, sob o fundamento de que o exercício da atividade exposta à energia elétrica não está classificada pela lei para tais fins. Assim determina a decisão apresentada a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL – EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE E A RUÍDO. 1 - Considerando que o Autor foi funcionário da LIGHT S/A entre agosto de 1959 e abril de 1982, e que em 22 de maio de 1968 não

havia completado o tempo de serviço necessário à jubilação especial, não assiste ao mesmo direito à concessão de aposentadoria especial com base na categoria funcional de eletricitário, na medida em que referida profissão não foi classificada como penosa, perigosa ou insalubre pelo Decreto nº 63.230/68. 2 - No que tange às informações de exposição a agentes agressivos físicos, prestadas pela LIGHT S/A, dando conta da exposição do segurado a altos níveis sonoros, sinal-se que o Decreto nº 83.080/79 exigia o tempo mínimo de trabalho, na referida atividade, de 25 anos, que também não foi atingido pelo Autor, razão pela qual, mesmo por este flanco, improcede o pleito. 3 – Apelação desprovida. (TRF-2. APELAÇÃO CIVEL – 181996. Relator Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND. Data de Julgamento: 12/03/2003. SEXTA TURMA, Data de Publicação:01/04/2003 DJ p. 196) (BRASIL, TRF-2, 2003).

Neste ínterim, o posicionamento majoritário dos Tribunais Regionais Federais tem preceituado seguramente que o trabalhador que exerce sua atividade exposto à alta tensão elétrica, terá direito à aposentadoria especial, ante a imprevisão de regulamentação específica da categoria em espécie e diante da documentação comprobatória indispensável, conforme a seguinte decisão:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. ELETRICIDADE. ENQUADRAMENTO APÓS 05-03-1997. MAJORAÇÃO DE RMI DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TUTELA ESPECÍFICA. 1. Constando dos autos a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço e majorado o benefício do segurado. 2. Quanto ao agente perigoso eletricidade, devem ser aplicados de forma integrada o disposto no Decreto nº 53.831 de 1964 (Código 1.1.8) e na Lei nº 7.369, de 1985 (regulamentada pelo Decreto nº 93.412,

de 1986) até 05-03-1997, e essa norma e o seu regulamento para o tempo laborado com comprovada sujeição à eletricidade após 06-03-1997. 3. A exposição de forma intermitente à tensão elétrica não descaracteriza o risco produzido pela eletricidade. 4. Contando a parte autora com 25 anos de trabalho sob condições nocivas à saúde ou à integridade física e preenchidos os demais requisitos previstos na legislação pertinente lhe é devido o benefício de aposentadoria especial. 5. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença stricto sensu previstas no art. 461 do CPC, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (sine intervallo). (TRF-4, APELAÇÃO CÍVEL 5022038-98.2012.404.7000/PR. Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA. Data de Julgamento: 09/10/2013, SEXTA TURMA) (BRASIL, TRF-4, 2013).

Pelas razões expostas, a aposentadoria especial corresponde a um direito certo do eletricitário e não a um mero lucro gratuito (benesse), usufruído sem mérito pelo segurado. Afinal, a tendência de vir a ser garantido por lei é o que se pode divisar.

4 CONCLUSÃO

A aposentadoria especial agrega duas funções precípuas: a compensatória e a preventiva. Trata-se de benefício que compensa e repara financeiramente o segurado pelos danos sofridos durante o tempo de exposição aos agentes nocivos. E, ao mesmo tempo, a aposentadoria especial é um meio para que o trabalhador possa sair do seu trabalho prejudicial antes que a sua saúde ou integridade física sofram os resultados indesejados de tal exposição.

Neste ponto, fácil perceber que a aposentadoria especial revela-se mais eficaz quando aplicada às atividades perigosas do que em

relação às atividades insalubres. Basta lembrar que, na maioria dos casos, os trabalhadores sujeitos às condições insalubres são acometidos por doenças antes mesmo de cumprirem o período legal para receberem a aposentadoria. Além disso, ainda que tais segurados sejam compensados financeiramente, sabe-se que os certos prejuízos da saúde nem sempre podem ser reparados, afinal a saúde é um bem de valor inestimável.

Por outro lado, caso se aposente, o eletricitário nestas circunstâncias sairá ileso e apto a desfrutar dessa compensação financeira. Além disso, o benefício ainda cumprirá perfeitamente a sua função preventiva, pois a antecipação da sua inatividade evitará acidentes por deslizamentos naturais, tendo em vista que a capacidade motora de reação do indivíduo pode se perder com os avanços da idade (J. M. D, 2010).

Finalmente, cumpre ressaltar que o princípio da legalidade, apesar de se configurar como principal argumentação contrária à concessão da aposentadoria especial ao eletricitário, pode se determinar em pleno acordo com a concessão do benefício, senão vejamos:

“Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais” (MEIRELLES, 2012, p. 90).

Isso seria uma interpretação evolutiva da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Israel Belo de. **O prazer da produção científica:** diretrizes para elaboração de trabalhos acadêmicos. 10. ed. São Paulo: Hagnos, 2001. 205 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2014.

BRASIL. **Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o regulamento da previdência social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

BRASIL. **Lei 12.740, de 08 de dezembro de 2012.** Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112740.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Recurso Especial n.º 1.306.113-SC (2012/0035798-8). Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Arlindo Amancio. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, 14 de novembro de 2012. **DJe: jurisprudência do STJ**, Brasília, 07.03.2013, documento 24894834, mar. 2013. Disponível em: <

<http://www.todospelaenergia.com.br/images/leis/leis-839922311.pdf>>. Acesso em 16 de julho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 228832 SC (1999/0079438-9). Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Idalino Colombo. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 13 de maio de 2003. **DJ: jurisprudência do STJ**, Brasília, 30.06.2003, 320 p. jun. 2003. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGR_GESP_228832_SC_13.05.2003.pdf?Signature=q2C5P9dwRe6TRSO5p9hj2LXiKKE%3D&Expires=1415012930&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=f47c5270798fc18a1188058691e6c445>. Acesso em 15 de julho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.170.672 RS 2009/0236612-2. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: José Antônio Pimentel Furtado. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 17 de abril de 2012. **DJe: jurisprudência do STJ**, Brasília, 29.06.2012, documento 1139114, jun. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22224413/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1170672-rs-2009-0236612-2-stj/inteiro-teor-22224414>>. Acesso em 16 de julho de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 2ª Região (Sexta Turma). Apelação Cível n.º 181996 98.02.38520-4. Apelante: Agrinaldo Machado. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Des. Fed. Poul Erik Dyrlynd. Rio de Janeiro, 12 de março de 2003. **DJU: jurisprudência do TRF2**, Rio de Janeiro, 01.04.2003, 196 p., abr. 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200300429598>. Acesso em 15 de julho de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal- 4ª Região (Sexta Turma). Apelação Cível 5022 038-98. 2012.404.7000/PR. Apelante: Vitorino de Almeida. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Des. Fed. João Batista Pinto Silveira. Porto Alegre, 09 de outubro de 2013. **D.E.: jurisprudência do TRF4**, Porto Alegre, 10.10.2013, out. 2013. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112476283/apelacao-civel-ac-50220389820124047000-pr-5022038-9820124047000>>. Acesso em 16 de julho de 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003. 968 p.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1338 p.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão; TEIXEIRA, Amauri Santos. **Curso de Direito Previdenciário: teoria, jurisprudência e mais de 900 questões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. 556 p.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 528 p.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011. 798 p.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. 862 p.

J.M.D. Reacção Imediata. **Super interessante**. Cruz Quebrada/Dafundo/Portugal, SUPER, vol. 148. 2010. Disponível em: http://www.superinteressante.pt/index.php?Option=com_content&view=articled=82:reacao-imediate&catid=3:artigos&Itemid=21> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

LAKATOS, Eva M.; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo. Atlas. 2009. 315 p.

LEITÃO, André Studart. **Aposentadoria Especial: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 256 p.

MACHADO, Sidnei. **Aposentadoria Especial: processos indeferidos podem ser revistos**. Sidnei Machado Advogados, Curitiba-PR: 2013. Disponível em: [HTTP://www.machadoadvogados.com.br/biblioteca/publicacoes/artigos/aposentadoria-especial/](http://www.machadoadvogados.com.br/biblioteca/publicacoes/artigos/aposentadoria-especial/)> Acesso em: 11 de agosto de 2014.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 555 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 910 p.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de previdência social**. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. São Paulo. Saraiva: 2011. 661 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo, 2009. 926 p.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. 495 p.

TELES, Kátia Cristine Oliveira; MACHADO, Fernanda Alves de Oliveira. A proteção constitucional da aposentadoria dos trabalhadores eletricitários frente às alterações infraconstitucionais. **Direitos Fundamentais e Democracia II / XXI Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)**, Rio de Janeiro-RJ: 2012. p. 62-78. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=124>> Acesso em: 11 de agosto de 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo. LTr. 2007. 343 p

A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, QUANTO AOS MENORES DE QUATORZE ANOS

Amanda Nunes Pinheiro¹

Hessen Handeri de Lima²

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar a necessidade de adaptação do art. 217-A do Código Penal à atual realidade social. Desta maneira, analisa-se o delito de estupro de vulnerável contra os menores de 14 (quatorze) anos, buscando identificar em quais situações este se encontra, de fato, em estado de vulnerabilidade, para que se possa afastar a responsabilidade penal objetiva do acusado.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal. Estupro de vulnerável. Presunção de vulnerabilidade; Relativização. Menor de 14 anos.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the need to adapt the art. 217 of the Criminal Code to the current social reality. It analyzes the vulnerable rape offense against child under fourteen years old, in order to identify specific situations this person is in a real status of vulnerability, intending to shield the defendants from criminal responsibility.

KEYWORDS: Criminal Code. Vulnerable rape. Presumption of vulnerability. Relativising. Child under fourteen.

¹ Graduada em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro

² Especialista em Direito Público, professora da FENORD

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009 foi promulgada a Lei 12.015, que deu uma nova roupagem ao Capítulo VI do Código Penal. A proposta da lei era atualizar referido dispositivo legal, que, se encontrava defasado devido às visíveis mudanças no comportamento social desde a sua promulgação.

Entre as alterações promovidas pela Lei 12.015/09 estão a do título do Capítulo VI do Código Penal, que passou a ser chamado de “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Também ocorreu a revogação de alguns artigos, como por exemplo, o 214; o crime que antes era chamado de “Atentado Violento ao Pudor”, passou ser denominado Estupro de Vulnerável, e será objeto de estudo da presente pesquisa.

De acordo com a Lei Penal, vulnerável é o menor de 14 (quatorze) anos ou pessoa que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Apesar da atualização promovida, há ainda uma grande margem para discussão, no que diz respeito à presunção de vulnerabilidade, descrita no art. 217-A (Estupro de Vulnerável). O dispositivo condena a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, praticado com menor de 14 anos, presumindo que os mesmos não teriam capacidade de consentir, numa relação sexual.

Ocorre que após a drástica mudança no comportamento social em relação ao sexo, ocorrida principalmente depois da década de 90, os adolescentes têm iniciado sua vida sexual cada vez mais cedo. Até mesmo as próprias escolas abriram espaço para o assunto, dando aos alunos a oportunidade de discutirem abertamente sobre o tema, instruindo-os, inclusive a usarem de maneira correta os métodos contraceptivos.

Dessa forma, tornou-se comum, por exemplo, jovens de 13 anos com vida sexual completamente ativa. A partir disso é iniciada uma discussão, não só pela doutrina, mas também na jurisprudência, a respeito da presunção de vulnerabilidade absoluta que o dispositivo legal dá ao menor de 14 anos.

O tema possui grande relevância jurídica, já que mesmo após a Lei 12.015 de 2009, a discussão acerca da aplicação da vulnerabilidade absoluta, continua intensa entre os doutrinadores e também nos tribunais, haja vista ter o delito pena relativamente alta, não sendo prudente, por conseguinte, que haja a possibilidade de aplicação da culpa objetiva, repudiada pelo Direito Penal.

O estudo também se faz relevante no caráter social, pois o amadurecimento precoce dos adolescentes em relação ao sexo já é uma realidade, o que torna estritamente necessária a adequação da lei penal ao contexto social.

2 A SEXUALIDADE NO CONTEXTO SOCIAL

Antes que se estude qualquer assunto, é necessário saber do que se trata, neste sentido faz-se importante traçar um conceito de sexualidade.

Para Michel Foucault,

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não a uma realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação do conhecimento, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder (FOUCAULT, 1988, p. 117).

Todavia, os profissionais da área afirmam que a sexualidade não se encaixa em uma definição absoluta, e se trata basicamente do conjunto de atos e sentimentos que tem como objetivo alcançar o prazer. É importante salientar que o prazer a ser atingido neste caso manifesta-se de diversas formas, de acordo com as particularidades de cada indivíduo, e, apesar de envolver o cunho sexual, não se trata somente disso.

Ao se analisar o comportamento do ser humano com o passar dos séculos, observa-se que as relações sociais ficaram mais complexas, o que aconteceu também no que diz respeito à sexualidade. É possível notar que assim como acontece nos dias de hoje, nas civilizações passadas a sexualidade era exercida de acordo com a religião e os costumes de cada povo e os crimes sexuais eram punidos com severidade em todas elas.

Ao estudar a história da humanidade observa-se que a quebra de tradições é algo inerente ao comportamento do ser humano. Neste contexto, é importante ressaltar a evolução social no que diz respeito à sexualidade.

A sociedade pós-iluminista ganhou mais liberdade sexual devido ao enfraquecimento das tradições da Igreja Católica; além disso, a invenção da pílula anticoncepcional e outros métodos contraceptivos ajudou a disseminar a prática sexual por puro e simples prazer, sem que houvesse a possibilidade de uma futura gravidez.

No início do século XX ocorreu a chamada Revolução Tecnológica, época de total integração entre ciência, tecnologia e produção, tendo como consequência a Globalização. Com o acesso cada meio mais amplo aos meios de comunicação, a sociedade passou por mudanças drásticas, inclusive no que diz respeito a sexualidade, que deixou de ser um “tabu” entre a maioria das pessoas e passou a ser tratada com total naturalidade.

É certo que o tema sempre foi motivo de grande curiosidade entre crianças e adolescentes. Certo também dizer que as mudanças no comportamento sexual dos adultos chegaram até eles, de forma que ganharam a possibilidade de tirar suas dúvidas abertamente em casa ou na escola. Ocorre que o mundo globalizado também trouxe consigo uma enorme carga de informação e alienação, fazendo com que estes menores sejam influenciados o tempo todo a iniciar a vida sexual cada vez mais cedo.

Hoje em dia, no Brasil, é comum encontrar pessoas que aos 13 anos que já tiveram vários parceiros sexuais. Outro agravante é que muitos destes adolescentes já possuem filhos, mesmo sem condições de sustentá-los ou educá-los. Segundo dados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em Junho de 2012, o número de adolescentes que iniciaram sua vida sexual entre 13 e 15 anos, chegou a 28,7%. Diante destes dados, fica claro que o Direito não deve fechar os olhos a uma nova realidade social que vem surgindo.

Deste modo, torna-se importantíssimo que ocorra uma investigação mais profunda em se tratando de crime de estupro de vulnerável envolvendo adolescentes, para que a Lei seja aplicada de maneira justa e correta.

Também é importante salientar o papel e a responsabilidade da mídia, no comportamento sexual dos adolescentes. Desde o final do século XX, é comum encontrar filmes, livros e novelas que retratam o sexo entre adolescentes, sendo inegável o fato de que tais obras influenciam a conduta sexual dos mesmos na vida real. Além disso, as redes sociais também ajudam a espalhar a ideia de uma vida sexual ativa precoce, pois muitos adolescentes postam relatos e até mesmo fotos de suas experiências sexuais, o que, de certa forma, influencia outros, da mesma idade a encarar a vida sexual iniciada de maneira precoce como algo extremamente comum.

Como já fora destacado, é normal que com o passar dos anos o comportamento das pessoas e as tradições seguidas por uma sociedade vá sofrendo algumas modificações. Todavia, deve-se estar atento para que certas mudanças não prejudiquem o desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois estes representam o futuro da humanidade, e por isso, merecem uma atenção especial.

3 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL – BREVE ANÁLISE DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

O estupro de vulnerável é um delito relativamente novo na legislação brasileira. Foi criado pela Lei 12.015 de 2009, que teve como principal objetivo a reforma da parte que regula os delitos sexuais no Código Penal.

Antes da criação do referido delito, a conduta de alguém que praticasse um dos atos elencados no artigo 217-A do Código Penal era considerada estupro ou atentado violento ao pudor, antigos artigos 213 e 214, do mesmo dispositivo. Todavia com a reforma legislativa realizada em 2009, observou-se a necessidade de um dispositivo legal que protegesse com mais vigor o estupro praticado em face de pessoas incapazes, o que deu origem à tipificação do delito em questão.

O estupro de vulnerável consiste no ato de ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso, com adolescente, menor de 14 anos, ou com pessoa que não possa oferecer resistência, por motivo de deficiência mental ou qualquer outra causa, como por exemplo a embriaguez ou o estado de coma.

Tem-se por objetivo tutelar a liberdade sexual das pessoas que se encaixam como sujeito passivo no tipo penal. Neste sentido, revela-se o objeto material do crime, que são as pessoas vulneráveis elencadas no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

É válido salientar as mudanças promovidas na reforma penal de 2009. Uma das principais é o fato de que os crimes cometidos contra a dignidade sexual, de pessoas consideradas vulneráveis, carregavam consigo a presunção de violência. Entretanto, com o advento da Lei 12.015, esta deu lugar à presunção de vulnerabilidade. O legislador entendeu que as pessoas elencadas no referido artigo 217-A do Código Penal não possuíam o discernimento necessário para consentir numa relação sexual e, desta maneira, mereciam uma proteção especial por parte da lei.

Para que se compreenda melhor o delito em estudo, é necessário analisar o texto da Lei de maneira detalhada. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário (indispensável) discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como alguém que, por outra causa (motivo, razão), não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo) (NUCCI, 2014, p. 834).

Outro ponto que se deve conhecer, para a melhor compreensão do crime de estupro de vulnerável, é o elemento subjetivo, que neste caso é o dolo. Para que o crime aconteça, somente é necessário que o agente tenha vontade de praticar a conduta tipificada na lei e consciência de que a está praticando.

O crime se consuma com a ocorrência da conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso, não sendo necessário que o agente chegue à ejaculação ou tenha satisfeito o seu prazer sexual.

Para que o agente seja considerado sujeito ativo do crime em estudo, não é necessário nenhum requisito especial. Desta maneira, conclui-se que o crime é comum e pode ter como agressora qualquer pessoa, a princípio.

Considera-se sujeito passivo do estupro de vulnerável aqueles que se encaixam no rol trazido pelo art. 217-A do Código Penal, quais sejam: os menores de 14 (quatorze) anos; as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o discernimento necessário para a prática do ato sexual e aqueles que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência.

As pessoas protegidas pelo referido dispositivo legal são consideradas vulneráveis. Essa vulnerabilidade diz respeito ao discernimento em consentir na prática de um ato sexual. Neste sentido, Fernando Capez ensina:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual (CAPEZ, 2014, p. 81).

Vale ressaltar que a vulnerabilidade tratada no delito em questão pode ser inclusive transitória. Assim, se alguém comete estupro em face de uma pessoa bêbada ou sob efeito de drogas, poderá responder por estupro de vulnerável.

Sobre o menor de 14 (quatorze) anos, verifica-se que o legislador cometeu um equívoco, vez que, o simples fato de um

adolescente completar referida idade não lhe dá discernimento para consentir ou não, numa relação sexual. Desta forma, “(...) se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14 aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP,” (CAPEZ, 2014, p. 83). Do mesmo modo, o fato de um adolescente ter idade inferior a 14 (quatorze) anos não significa que este não possua discernimento para consentir, de forma válida, numa relação sexual. Embora a intenção do legislador em proteger os menores seja excelente, outros parâmetros, como comportamento social e meio de convivência, deveriam ser analisados para que o adolescente seja considerado realmente como vulnerável.

Quando se fala de erro de tipo e erro de proibição no estupro de vulnerável, observa-se que a incidência dos mesmos é grande. Antes de discorrer sobre as hipóteses de ocorrência, é mister analisar cada um e as suas diferenças.

O erro de tipo é tratado pela doutrina penal como a falsa representação da realidade, fazendo com que o agente não tenha consciência da situação em que verdadeiramente se encontra, excluindo assim, o dolo. Apesar da conduta cometida com erro de tipo excluir o dolo, poderá o agente responder pelo delito praticado na forma culposa caso tenha agido com descuido, descumprindo o dever geral de cautela. Neste sentido, surge a primeira hipótese de erro no estupro de vulnerável: caso o agente não tenha consciência da vulnerabilidade daquele com quem mantém relações sexuais, este incidirá em erro de tipo. Cita-se, como exemplo, alguém que pratica conjunção carnal com pessoa deficiente mental, sem saber da enfermidade que esta possui.

O erro de proibição incide sobre a ilicitude do fato. Neste caso o agente não tem consciência de que o ato praticado por ele trata-se de uma conduta punida pela lei. No estupro de vulnerável o erro de proibição pode acontecer quando alguém pratica conjunção carnal com

adolescente menor de 14 (quatorze) anos e não tem consciência de que aquele ato se trata de crime.

É importante destacar que o erro de proibição pode ser escusável (inevitável), caso em que ocorrerá a exclusão de culpabilidade, ou inescusável (evitável), caso em que o agente responderá pelo delito mas terá sua pena reduzida de um sexto a um terço.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE, NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, QUANTO AOS MENORES DE QUATORZE ANOS, NAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENSUAIS

O estupro de vulnerável é tipificado pelo art. 217- A do Código Penal, que tutela a dignidade sexual de pessoas que possuem a capacidade de defesa reduzida. Dentre os sujeitos protegidos pelo referido dispositivo legal estão os menores de 14 (quatorze anos), que são considerados vulneráveis de forma absoluta pela lei.

É fato que crianças e adolescentes merecem uma proteção maior, pois, além da formação corporal, seu caráter e sua personalidade ainda estão em construção. Todavia, é importante destacar que apesar da pouca idade muitos adolescentes possuem vida sexual plenamente ativa.

Hoje em dia os meios de comunicação retratam a prática de sexo por adolescentes como algo extremamente comum, o que influencia os mesmos. Ocorre que, quando se fala em estupro, a lei penal trata os adolescentes como pessoas vulneráveis, que possuem a capacidade de discernimento e defesas reduzida, inclusive para consentir numa relação sexual.

Diante deste cenário, um problema grave vem surgindo na aplicação do artigo 217-A: muitos adolescentes, devido ao seu

comportamento e ao desenvolvimento corporal, aparentam ter mais idade do que realmente possuem o que em alguns casos ocasiona o chamado erro de tipo no estupro de vulnerável.

Muitas vezes o adolescente que consente numa relação sexual possui total discernimento para isto e nenhuma capacidade de defesa reduzida, entretanto figura como pólo passivo no delito de estupro de vulnerável. Com base nisto a doutrina e a jurisprudência vêm discutindo de forma constante sobre a relatividade da vulnerabilidade no delito de estupro, de forma que seja possível analisar outros fatores (comportamento, meio em que vive, desenvolvimento corporal, etc.) além da idade para que se caracterize o adolescente como vulnerável ou não.

Sabe-se que no ano de 2009 foi promulgada a Lei 12.015 que promoveu algumas alterações da legislação penal; dentre estas está a revogação do artigo 224, relativo à presunção de violência no crime de estupro. O dispositivo revogado presumia como violenta a ação do estuprador contra vítimas menores de 14 (quatorze) anos, alienadas ou débeis mentais ou sem capacidade de resistência; tal violência era absoluta, o que feria o princípio da culpa subjetiva.

Com a revogação do artigo 224 do Código Penal, a presunção de violência deu lugar à presunção de vulnerabilidade, com a criação do artigo 217-A. Todavia, o princípio da culpa subjetiva ainda é desobedecido, já que, de acordo com a lei, tal vulnerabilidade é absoluta. Desta maneira um menor de 14 (quatorze) anos que consente numa relação sexual é vulnerável e não possui discernimento para fazê-lo. Todavia, sabe-se que hoje em dia muitos dos adolescentes nestas condições já possuem conhecimento suficiente para consentir ou não na prática de um ato sexual, o que faz com que a lei não esteja de acordo com a realidade social.

Para que se compreenda o problema em questão, é mister destacar a distinção entre a presunção absoluta e a relativa e a vulnerabilidade absoluta e a relativa.

De acordo com o professor Daniel Ribeiro Vaz a presunção absoluta é aquela em que não se admite prova em contrário, basta que a situação tipificada na Lei ocorra para que se configure a prática do delito. Neste caso, o simples fato de o agente praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos já caracteriza a prática do estupro de vulnerável.

A presunção relativa, mais aplicada pela jurisprudência, admite prova em contrário junto com a análise das particularidades de cada caso concreto. No caso do menor de 14 (quatorze) anos, fatores como comportamento, meio em que vive, vida sexual ativa ou não seriam decisivos para a caracterização do crime. Neste sentido, o professor Daniel Ribeiro Vaz destaca: “O legislador ao proibir a prática da relação sexual aos menores de 14 anos de idade esqueceu que estamos em uma sociedade em constante evolução, onde os adolescentes estão rodeados de informações e com fácil acesso a todas elas” (VAZ, 2012).

Quando se fala de presunção de vulnerabilidade o que se discute é a presença ou não da mesma. Todavia, ao se falar em vulnerabilidade absoluta ou relativa, não mais se discute a sua existência, mas sim a sua intensidade.

A vulnerabilidade absoluta é aquela máxima, em que o seu portador não possui qualquer noção da realidade. Já o portador da vulnerabilidade relativa, embora esteja numa situação desvantajosa, possui noção da realidade em que se encontra.

Uma situação que ocorre com frequência e, que muitas vezes, gera sérias consequências, é o caso de erro do agente quanto à idade da vítima. Muitos menores de 14 (quatorze) anos que aparentam ter mais idade do que possuem devido às suas condições físicas, declaram maioridade, o que leva o agente à prática do ato sexual. Nesta situação,

como a vulnerabilidade presumida pelo código penal é absoluta, embora o agente não tenha agido com dolo, responderá por estupro de vulnerável, o que caracterizaria culpa objetiva, algo não tolerado pelo Direito Penal Brasileiro.

Após a análise dos termos mencionados, fica clara a necessidade de que seja aplicada a presunção relativa de vulnerabilidade no art. 217-A do Código Penal. Já que como visto, atualmente muitos menores de 14 (quatorze) anos não mais possuem a vulnerabilidade de que trata o artigo, já que seu comportamento social indica uma completa maturidade sexual.

Sabe-se que um dos principais princípios que regem o Direito Brasileiro é o da adequação social. Segundo o mesmo uma conduta plenamente aceita pela sociedade (seja pelo folclore, pelos costumes ou pela cultura) não deve ser incluída na esfera penal. Desta maneira, a mãe que fura a orelha da filha recém nascida não comete crime de lesão corporal, pois o fato de meninas possuírem orelhas furadas faz parte da cultura brasileira. Atualmente o Direito Penal Brasileiro vem sofrendo uma grande divergência: a lei pune com rigor a prática sexual com adolescentes menores de 14 (quatorze) anos mesmo com o consentimento dos mesmos, todavia a cultura da sociedade encara com normalidade o fato de adolescentes com referida idade possuírem vida sexual plenamente ativa.

Destarte, o delito tipificado no art. 217-A, que presume de forma absoluta a vulnerabilidade dos adolescentes em questão estaria ferindo o princípio da adequação social. Também é importante salientar que referido dispositivo legal também vai de encontro com princípio da culpabilidade adotado pelo Direito Penal Brasileiro. Segundo o princípio da culpabilidade o agente somente deve ser punido caso aja com dolo ou culpa. Nestes termos, Guilherme Souza Nucci ensina:

Significa que ninguém será plenamente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltando à idéia de que liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos (NUCCI, 2014, p. 29).

Nestes moldes, tem-se uma situação corriqueira nos Tribunais: quando um adolescente menor de 14 (quatorze) anos pratica voluntariamente conjunção carnal com pessoa maior de 18 (dezoito) anos. Em muitos casos quando a situação descrita ocorre, os pais do adolescente, indignados com a conduta do filho, acabam por denunciar seu parceiro e o mesmo passa a responder por estupro de vulnerável. Nota-se que neste caso ocorre a aplicação da culpa objetiva, uma vez que embora não houvesse dolo ou culpa, o agente é responsabilizado criminalmente pela conduta praticada.

A aplicação da presunção relativa de vulnerabilidade no art. 217-A evitaria a ocorrência da situação descrita que, embora não apareça, acontece com grande frequência. Atualmente, os tribunais têm decidido pela relativização da presunção de vulnerabilidade quando diz respeito a menores de 14 (quatorze) anos, isso representa um forte indicativo de que, na verdade, o legislador agiu de forma equivocada ao aplicar tal presunção de forma absoluta.

Além da adequação social, a aplicação da vulnerabilidade de forma absoluta fere outros princípios constitucionais, como exemplo o devido processo legal, segundo o qual nenhuma pessoa poderá ser privada da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. De acordo com Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-

persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) (MORAES, 2014, p. 110).

Com a aplicação da vulnerabilidade de forma absoluta, o acusado não possui a chance de provar que sua conduta não causou prejuízo à vítima; o simples fato de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos configura estupro de vulnerável, independente do emprego de violência ou da presença de constrangimento, fazendo com que o processo esteja em desacordo com o princípio em questão.

Neste sentido, também é importante destacar o princípio da presunção de inocência, encontrado no art. 5º, LVII da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, CF, 1988). Desta maneira, protege-se o acusado de um julgamento injusto e antecipado, uma vez que este somente poderá ser considerado autor do delito após a devida instrução probatória e o trânsito em julgado. Ocorre que a aplicação da vulnerabilidade absoluta ao art. 217-A do Código Penal descumpra tal princípio, na medida em que basta que a vítima preencha o elemento de idade exigido no tipo penal para que o agente seja considerado culpado.

Nota-se que a aplicação da vulnerabilidade de forma absoluta, no delito de estupro de vulnerável, causa grandes transtornos tanto aos envolvidos quanto ao Poder Judiciário. A relativização de tal vulnerabilidade tem o poder de resolver tais problemas, fazendo com que a lei penal e seus princípios sejam aplicados de maneira correta e com mais justiça.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como tema a relativização da vulnerabilidade no estupro de vulnerável, quanto aos menores de 14 anos. O crime está tipificado no art. 217-A do Código Penal e prevê uma pena alta para o agente que pratica conjunção carnal, ou qualquer outro ato libidinoso, com pessoa considerada vulnerável pela lei. O referido artigo tem sido alvo de intensas discussões entre estudiosos e aplicadores do Direito Penal Brasileiro, já que, devido às mudanças no comportamento da sociedade, muitos adolescentes, menores de 14 (quatorze) anos, não possuem a “vulnerabilidade” presumida pela lei.

O problema central da pesquisa se encontra na presunção absoluta de vulnerabilidade prevista no art. 217-A. Apesar de tal presunção ter como objetivo a proteção da dignidade sexual dos adolescentes em questão, por vezes, abre-se espaço para a aplicação da culpa objetiva e para a lesão de vários princípios constitucionais, na medida em que basta que o agente pratique a conduta tipificada, para que o crime seja considerado como consumado. A presente pesquisa teve como objetivo principal demonstrar situações onde a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos pode ser aplicada de maneira relativa.

Muitas vezes o agente incorre em erro devido ao desenvolvimento físico precoce do adolescente que demonstra vasta experiência sexual e inclusive consente no ato. Nestes casos, entende-se pela não ocorrência do delito, pois não há dolo ou violação ao bem jurídico tutelado. É certo que o menor de 14 (quatorze) anos ainda se encontra em desenvolvimento físico e psíquico e, por isto, deve ser protegido pelo Estado. Todavia, a liberdade individual também deve ser protegida e a aplicação da culpa objetiva tem o poder de violar tal liberdade.

A aplicação da vulnerabilidade de forma relativa colocaria fim a este problema. Foi possível concluir que a melhor maneira de definir se a vítima se encontra ou não em estado vulnerabilidade é analisar as condições da mesma (comportamento social, meio em que vive, amadurecimento do corpo) em cada caso concreto, o que evitaria a aplicação da responsabilidade objetiva e a ofensa a vários princípios constitucionais.

Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa é de grande valor social, uma vez que a aplicação da vulnerabilidade de forma absoluta, por vezes acaba por tirar injustamente a liberdade do agente, esta, é um dos direitos mais importantes para o ser humano e, deste modo, deve ser fortemente protegida.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública** (arts. 213 a 359-H). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VAZ, Daniel Ribeiro. **Crimes sexuais**: presunção relativa, disponível em: <<http://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/121816639/crimes-sexuais-presuncao-relativa>> . Acesso em: 09 de ago. de 2015.

DEPOIMENTO JUDICIAL DE CRIANÇAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: ANÁLISE DO PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Renata Rodrigues Martins¹

Hessen Handeri de Lima²

RESUMO: O presente artigo visa estudar a proposta do “depoimento sem dano”, de modo que seja analisada como uma alternativa ao modelo tradicional de inquirição de crianças e adolescentes, vítimas de violência sexual. Busca-se reafirmar a necessidade de garantir a proteção integral e o respeito à dignidade humana das vítimas, com o fim de efetivar os seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças e adolescentes. Violência Sexual. Proteção Integral. Depoimento Sem Dano.

ABSTRACT: This article aims to study the proposal of the "*testimony without damage*", to be analyzed as an alternative to the traditional model of children and adolescents' hearing, victims of sexual violence. It searches to reinforce the need to ensure the full protection and respect of the victims human dignity, in order to guarantee their fundamental rights.

KEYWORDS: Children and adolescents. Sexual violence. Full protection. “Testimony without damage”.

¹ Graduada em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro

² Especialista em Direito Público, professora do IESI/FENORD.

1 INTRODUÇÃO

Inserida num contexto histórico e cultural, a questão da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes, se apresenta como um fenômeno complexo que pode se manifestar de diversas formas, sendo estabelecido, na maioria dos casos, por meio de relações de confiança e poder. Esta violência deve ser compreendida não apenas como uma violação dos direitos infanto-juvenis, mas como uma violação de direitos humanos, que perpassa por diferentes sociedades.

Vale lembrar, que durante muito tempo, crianças e adolescentes foram tratados como objetos, não havendo qualquer legislação que determinasse tratamento diferenciado a este público. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se uma nova concepção destes, passando a serem tratados como *sujeitos de direitos*. A partir daí o enfrentamento da violência sexual passou a ter maior visibilidade, de modo a contribuir na busca pela efetividade dos direitos garantidos legalmente.

Tal violência pode gerar inúmeras consequências às vítimas, tanto físicas quanto psicológicas; no entanto, a inexistência de vestígios, além da falta de testemunha, acaba por recair sobre a vítima a difícil responsabilidade pela produção de prova do fato criminoso e possível responsabilização do agressor.

Nesse sentido, a prova da materialidade de crimes desta natureza, vem sendo produzida por meio do depoimento das vítimas, que assumem também o papel de testemunhas. Cumpre salientar que, a forma em que são realizados estes depoimentos, ao invés de proteger, pode causar ainda mais danos à criança, tendo em vista a falta de profissionais capacitados, aliada a própria dinâmica de apuração do crime.

Dessa maneira, surge o projeto *Depoimento Sem Dano*, criado como forma especial de inquirir crianças e adolescentes vítimas de

violência sexual, com o fim de reduzir os danos causados pela forma tradicional de inquirição e garantir a proteção integral às vítimas, tema de reflexão do presente artigo.

2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 MARCOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Antes não existia proteção jurídica para crianças e adolescentes, todo o amparo a infância brasileira, era basicamente exercido pela Igreja Católica. Somente no século XIX a criança ganha importância, passando a ser indivíduo central dentro da família, a partir de então, surge nessa época a primeira concepção de criança como pessoa.

A consolidação das políticas de proteção social a criança e ao adolescente se deu apenas na Idade Contemporânea; houve então, um avanço tanto em âmbito nacional quanto internacional, no que tange a promoção dos seus direitos.

Dessa forma, vários instrumentos legislativos fixaram princípios e paradigmas em defesa dos direitos das crianças e adolescentes. Em 1959, pela primeira vez na história, a criança passa a ser considerada prioridade absoluta e sujeito de direitos, por meio da Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada em 20 de novembro pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Foi um importante instrumento que reafirmou o direito e assistência à infância, tendo impacto nacional e internacional.

Durante quase todo o século XX não havia qualquer legislação que protegesse os direitos das crianças e adolescentes. As leis brasileiras que tratavam temas relacionados estavam ligadas à doutrina da situação irregular, defendida pelo Código de Menores de 1979, o

qual consistia no amparo apenas aos menores em situação de risco, constituindo um sistema em que o menor de idade era objeto tutelado do Estado, não sendo, portanto, uma doutrina garantista.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, iniciou-se uma nova concepção social e jurídica destes sujeitos, por meio da consolidação da proteção integral, pela qual devem ser resguardados todos os seus direitos fundamentais.

Outro grande marco, concernente à proteção social infanto-juvenil foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, também aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, este documento ditou as bases para o estabelecimento da doutrina da proteção integral. No ano seguinte, foi instituído no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; promulgado para regulamentar e buscar a efetividade dos direitos fundamentais e da norma constitucional.

2.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: MARCO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente surge para romper a discriminação imposta pelo Código de Menores e propor novos paradigmas de atenção à infância, com base em preceitos de garantia de direitos preconizados pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, representando um marco na história de afirmação dos seus direitos.

Antes do advento do Estatuto, predominava a doutrina da situação irregular, a qual era de caráter assistencialista e repressivo. Atualmente, o conceito adotado é o da doutrina da proteção integral, na qual todas as crianças e adolescentes devem ser protegidos.

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e a vigência do ECA, romperam com os ciclos de práticas menoristas retirando-se, legislativamente, os menores da condição de objeto e passando-os à condição de titulares de direitos e deveres. Neste contexto, de acordo com Paulo (2012, p. 103):

O Estatuto da Criança e do Adolescente introduz princípios democráticos, abolindo a concepção de crianças pobres, abandonadas, delinquentes, e trazendo à tona o conceito de criança cidadã de pleno direito. Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente insere-se na história como um projeto civilizatório, voltado para a realização dos direitos humanos da criança como cidadã.

Mesmo se tratando de uma lei, cuja efetivação depende de um amadurecimento cultural da sociedade, o referido Estatuto conduziu as diretrizes para a política de proteção integral da criança e do adolescente, reconhecendo-os como cidadãos.

Ademais, o ECA veio promover a efetividade dos princípios instituídos pela Constituição, para a plena garantia do desenvolvimento das crianças e adolescentes. Dentre os princípios que regem a sua aplicação, destaca-se o Princípio da Prioridade absoluta previsto no art. 4º do Estatuto (BRASIL, 1990):

É dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Estatuto ainda salientou a importância da família, da comunidade e das instituições, como responsáveis pela formação das crianças e adolescentes. Vale ressaltar que a família exerce papel

fundamental, vez que, constitui elemento básico formativo, onde se deve preparar a personalidade da criança.

Assim, tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional reforçam o compromisso da família, da sociedade e do Estado, a uma ação conjunta para garantir à criança e ao adolescente uma passagem saudável e digna até a vida adulta, tendo para tanto a doutrina da proteção integral, como o pilar para a efetivação do atendimento, promoção e defesa dos seus direitos.

2.3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surge, em nosso ordenamento jurídico, a *Doutrina da Proteção Integral*, rompendo com a *Doutrina da Situação Irregular* existente até então. Aquela estabelece que crianças são sujeitos de direitos especiais, devendo ser protegidas, uma vez que se encontram em processo de desenvolvimento.

Para que a criança ocupasse um lugar de destaque no ordenamento, a sociedade sofreu grandes transformações, com o surgimento de novos conceitos e valores estabelecidos no Estatuto. Conforme opina Venosa (2003, p. 31) “a nova lei representou uma mudança de filosofia com relação ao menor. Desaparece a conceituação do ‘menor infrator’, substituída pela ideia de ‘proteção integral à criança e ao adolescente’, presente em seu art. 1º.” É possível afirmar que o ECA foi uma verdadeira revolução.

O paradigma instituído pela CF/88 que reconhece a subjetividade da criança e do adolescente, a quem se confere a proteção integral, consagrou juridicamente princípios que asseguram a necessidade de cumprimento da normativa de proteção e garantia dos direitos, devendo ser respeitados por toda a sociedade. Dessa forma, é necessário construir uma nova visão de crianças e adolescentes,

partindo do conjunto de normas previstas na lei, regida pela Doutrina da Proteção Integral, a qual afirma o valor intrínseco da criança como ser humano.

3 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO SISTEMA JUDICIÁRIO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o surgimento de vários instrumentos legislativos, em defesa dos direitos da criança e do adolescente, foi possível visualizar uma perspectiva de proteção e promoção destes sujeitos, respeitando sua especial condição, de modo a preservar o seu desenvolvimento pleno. Vale lembrar que, tais instrumentos tiveram grande importância na história da infância e juventude, indicando um novo olhar e trato diferenciado a esta parte da população.

Conforme Tabajaski (2010, p. 58) “Essas leis criaram também uma nova forma de elaborar e gerir políticas sociais, bem como uma nova abordagem do atendimento da criança, não mais como favor do Estado, mas como direito da criança e dever do Estado”. Dessa forma, esclarece a referida autora, que não apenas no Brasil, crianças e adolescentes são chamados a depor em processos judiciais, tanto na esfera cível quanto criminal, geralmente para esclarecer situações de violências que sofreram.

Neste aspecto, é necessário garantir a devida proteção a estas vítimas, principalmente nos casos de violência sexual, pois, segundo Brandt (2012), ao mesmo tempo em que são vítimas, também se apresentam como testemunhas do crime, sendo, portanto, a única prova possível no processo. Assim, o sistema judiciário deve proporcionar meios de se buscar a verdade dos fatos, por meio de uma intervenção

judicial adequada, buscando sempre garantir a proteção integral conforme disposição legal.

Apesar da existência de importantes marcos legais nacionais e internacionais em prol da defesa dos direitos infanto-juvenis, é inegável a existência de deficiências no sistema de proteção a vítima nos processos judiciais. Conforme Azambuja (2011, p. 155)

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha instituído o princípio da proteção integral à criança, as ações, no âmbito da Justiça Criminal, continuam a se voltar, prioritariamente, para o agressor, buscando sua responsabilização penal, (...). A criança, que igualmente deveria receber medidas de proteção (artigo 101 ECA), tem ficado em segundo plano, muitas vezes, sem receber o cuidado que a lei lhe confere, e sem poder usufruir das políticas públicas previstas para o enfrentamento da violência sexual.

O fato de inquirir a criança da mesma forma que um adulto pode acarretar uma série de violação de direitos fundamentais ao público infanto-juvenil, principalmente no âmbito criminal, não havendo, dessa forma, o cumprimento às disposições legais do art. 227 da CF/88, e do ECA.

3.2 MODELO TRADICIONAL DE INQUIRIRÃO

Nos casos de violência sexual, a inquirição da criança ou do adolescente objetiva investigar a prova de materialidade e autoria do crime, já que os crimes dessa natureza, geralmente, não há testemunhas, sendo a vítima o único meio de prova no processo criminal.

Após a consolidação da CF/88 e do ECA, houve várias mudanças no que tange as regras processuais penais, porém, tais mudanças não foram suficientes para que os novos direitos fossem

respeitados. Dessa forma, “na apuração dos ilícitos penais praticados contra crianças e adolescentes, ressalvadas as normas estatutárias, são utilizados todos os mecanismos da legislação processual comum” (SOUZA, 2012).

Segundo registra Lima (2012, p. 318), “O Código de Processo Penal não distingue a inquirição judicial de crianças e adultos.” o que demonstra a necessidade de refletir sobre novos meios de preservar os direitos infanto-juvenis.

Em face disso, Potter (2010, p. 23) coloca que o caminho a ser percorrido pela criança ou adolescente, quando há uma suspeita de abuso sexual, ou mesmo após a sua revelação, é tortuoso, perverso e vitimizador.

No sistema vigente, o procedimento inicia-se após a descoberta da prática de crime sexual, contra uma criança ou adolescente. Por meio do seu *relato* (seja na escola, hospital, para um amigo, familiar ou vizinho), o fato deverá ser comunicado ao Conselho Tutelar, e em seguida, à autoridade policial, para proceder-se com a instauração do inquérito e prévia investigação policial. Após descrever novamente o fato na delegacia, a vítima deverá ser encaminhada ao Departamento Médico Legal para realização do exame de corpo de delito. Posteriormente, os dados serão encaminhados ao Ministério Público, que deverá oferecer denúncia, após verificar a presença de materialidade e autoria por meio de um novo relato da vítima. Somente após cumprir essa etapa, é possível iniciar o processo criminal em juízo, onde a vítima deverá narrar novamente o crime, para que, finalmente, o juiz possa proferir uma sentença (POTTER, 2010, p. 23).

No mesmo sentido aponta Paulo (2012, p. 320), “o ritual processual é demorado, exaustivo e desgastante para a criança, o que agrava ainda mais o seu estado emocional”.

Face as consequências desencadeadas pela forma tradicional de inquirir crianças e adolescentes, cabe destacar nas palavras de Paulo

(2012, p. 320), que “os operadores do Direito (advogados, juizes, promotores e defensores públicos), em sua grande maioria, não estão preparados para atender e escutar criança vítima de abuso sexual”. Ademais, acrescenta Di Gesu (2010, p.153), que “considerando ser a inquirição de crianças uma tarefa bastante delicada, necessária a construção de um ambiente confortável e acolhedor”. Surge, a partir deste contexto, o projeto do *Depoimento sem Dano*, como alternativa ao modelo tradicional de inquirição, que analisado a seguir.

3.3 O PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO - DSD

A inexistência de vestígios aliada à falta de testemunhas, em crimes sexuais contra crianças e adolescentes levou os Tribunais a valorizar a palavra dessas vítimas, recaindo sobre elas a responsabilidade pela produção de provas. Entretanto, nota-se que o Judiciário enfrenta dificuldades, quando há necessidade de colheita do depoimento. Tais dificuldades decorrem tanto da falta de estrutura física quanto da falta de profissionais capacitados para conduzir a inquirição.

Neste contexto, em maio de 2003, surge a proposta do Projeto DSD, idealizado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, inicialmente como uma experiência local e individual da 2ª Vara, vindo a alcançar caráter institucional em 2004. O objetivo do projeto é evitar a *revitimização* de crianças e adolescentes, vítimas de abuso sexual, quando são chamadas a relatar o fato criminoso em vários momentos, para viabilizar a produção de provas e a responsabilização do abusador.

Segundo Azambuja (2011, p. 173), o “Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº4.126/2004, em tramitação, instituiu, no âmbito de Código de Processo Penal, o Depoimento Sem Dano. No Senado, recebeu o nº 35/2007”. Que propõe alterações no ECA e no CPP, para

regulamentar esta prática. Da mesma forma existe um projeto de lei (PL 7.524/2006), de autoria da Dep. Maria do Rosário (PT/RS). A proposta do referido projeto sugere a colheita do depoimento das vítimas por meio de profissionais capacitados, em sala especialmente preparada para receber crianças e adolescentes, e equipada com microfones e câmaras para que o depoimento possa ser gravado.

Conforme esclarece Brito (2012, p. 179), o depoimento da criança é realizado nesta sala especialmente equipada, acolhedora e menos formal, diferente da sala fria de audiências, na presença apenas do profissional responsável pela inquirição, que deverá ser uma assistente social ou psicólogo, qualificados para tal função. O juiz formula perguntas que são repassadas a criança por intermédio desse profissional, que deverá usar ponto eletrônico. Todo o procedimento é gravado e transmitido em tempo real para o local destinado às audiências, onde o juiz, o promotor, os advogados assistem ao depoimento da criança. “A gravação é reduzida a termo e juntada aos autos, assim como uma cópia em disco, para que possa ser revista pelas partes e magistrados de 1º e 2º graus, sempre que necessário” (BALBINOTTI, 2009, p. 16).

Segundo César (2007), o procedimento das inquirições no método do DSD é realizado em três etapas: A primeira é o acolhimento da criança pelo profissional (assistente social ou psicólogo), com horário devidamente estipulado pelo juiz, de modo a evitar o encontro da vítima com o réu. A segunda é o depoimento propriamente dito quando a entrevista é feita de forma lúdica, para que o relato da criança ocorra espontaneamente; as questões podem ser formuladas pelo juiz, promotor ou pelos defensores, por intermédio do técnico entrevistador, a partir de dados contidos no processo. A terceira etapa é destinada ao acolhimento final e encaminhamento da vítima para atendimento específico na rede de proteção, se necessário. Nesta última etapa o sistema de gravação fica desligado.

Esclarece o referido autor (2007, p. 62) que, os depoimentos podem ser realizados de forma mais tranquila e profissional, em ambiente mais receptivo, com a intervenção de técnicos previamente preparados para tal tarefa, evitando, dessa forma, perguntas inapropriadas, impertinentes, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do depoente.

Segundo defende César (2007, p. 62), o método utilizado pelo Depoimento Sem Dano atende três objetivos principais do projeto:

Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha; - A garantia dos direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento; - melhoria na produção da prova.

Apesar de não haver previsão expressa dessa prática na legislação, o entendimento do STJ é que

É válida nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do “depoimento sem dano”, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, inclusive antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5 TURMA. RHC 45.589-MT).

No mesmo sentido, é importante destacar que há uma Recomendação 33/2010 editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual determina que os Tribunais deverão implantar o sistema do depoimento especial para crianças e adolescentes (BRASIL.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECOMENDAÇÃO 33/2010).

Assim, o Projeto “DSD” se apresenta com o propósito de promover a inquirição de crianças de forma eficaz, inovadora e menos onerosa, de forma a evitar, ao máximo, a chamada *revitimização*.

3.4 DEPOIMENTO SEM DANO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Doutrina da Proteção Integral, estabelecida pelo ECA, está pautada nos princípios da prioridade absoluta e superior interesse da criança, sendo fundamental que se busque condições para efetivá-los.

No âmbito judiciário, a metodologia apresentada pelo “Depoimento Sem Dano” se coloca como uma prática viável, tendo em vista as dificuldades de realização de depoimentos de crianças e adolescentes, conduzidos de maneira prejudicial, sem que haja preservação da integridade emocional dos mesmos. Prática esta que reforça a revitimização, quando são chamadas a relatar o fato criminoso em diferentes instituições.

Segundo aponta Potter (2010, p. 49):

A finalidade do projeto é adequar valores e princípios fundamentais do processo penal constitucional, como contraditório e ampla defesa, do acusado, com valores e princípios tão importantes como a dignidade humana e o princípio da prioridade absoluta no atendimento às crianças e adolescentes, efetivando a tutela da Proteção Integral, reduzindo a vitimização secundária a que são expostas as crianças e adolescentes.

Entre as justificativas para defesa do citado projeto, alude-se o disposto no art. 12 e 13 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90), os quais destacam a oportunidade

que deve ser destinada à criança como um direito de ser ouvida, em todo processo que a afere, seja diretamente, ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado. Segundo Lima (2012, p. 326), “a criança como sujeito de direito deve ser ouvida sobre sua experiência. Logo, tem ela o direito de falar e de ser escutada pelas autoridades; é, portanto, uma prerrogativa de respeito à dignidade da pessoa humana.

É certo que tanto um adulto quanto uma criança tem um tempo para falar, principalmente quando se trata de uma experiência de dor e trauma, por isso é necessário construir um espaço que transmite tranquilidade e segurança para que a vítima se sinta protegida. Para Lima (2012, p. 323), “a valorização da palavra infantil é primordial para a compreensão de que a proposta de se criar um depoimento de forma especial ultrapassa o olhar meramente formal e instrumental de um processo”.

Salienta-se que a violência sexual ainda se apresenta como uma questão permeada por tabus que impedem a quebra do silêncio, por isso compreender as suas diferentes manifestações é primordial para uma intervenção adequada. Conforme esclarece Menegazzo (2011), “o delito é um fenômeno humano e cultural, individual e social, por isso, necessita de um complexo, plural e heterogêneo sistema interdisciplinar para a sua compreensão”.

Posto isso, Paulo (2012, p. 347) afirma que “durante a audiência, unindo o conhecimento e identidade de cada formação profissional, pode-se aproximar de um esforço conjunto, para tentar diminuir o sofrimento das crianças vítimas de violência”. Dessa forma, a união de saberes de diversas áreas do conhecimento é essencial para que haja a construção de alternativas de proteção para estas crianças.

É possível constatar que a prática do “DSD” trouxe contribuições importantes para o Judiciário, no âmbito da inquirição infanto-juvenil. Apesar disso, os técnicos facilitadores, representados

pelos respectivos Conselhos se manifestaram contra esta prática. Neste sentido, alerta Paulo (2012, p. 352)

Tão descontextualizados estão esses críticos que parecem ignorar inteiramente a frequência em que o abuso sexual é praticado pelo próprio genitor da criança, ou por seu padrasto, e que as mães, (...), geralmente partem em defesa do companheiro, deixando de proteger os filhos, e até levantando dúvidas sobre seu caráter ou moral, para proteger aquele que praticou o abuso.

No mesmo sentido, Lima (2012, p. 330) entende que “estabelecer rigidamente o limite de atuação das profissões, sem repensar a prática dentro das mudanças ocorridas, seria como engessar o conhecimento, direcionando-o para centro de sua própria profissão”.

De um lado, críticos como Azambuja (2010, p. 227) alerta que “inquirir a vítima, com o intuito de produzir prova e elevar os índices de condenação, não assegura a credibilidade pretendida, além de expô-la à nova forma de violência, ao permitir reviver situação traumática, reforçando o dano psíquico”. Por outro lado, conclui Lima (2012, p. 323),

Portanto, o discurso de que punindo o agressor não se protege a criança é equivocadamente compreender esta proteção de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente. De forma partida, isolada, desconfigurada do todo, bem como ter total desconhecimento dos objetivos da punição estatal para o agressor, para a vítima e para a sociedade.

Assim, é preciso pensar a proteção como um conjunto de ações, no sentido de promover um atendimento e acompanhamento de qualidade, garantir o direito à criança de ser ouvida de forma especial,

proteger sua integridade física e emocional e responsabilizar o agressor impedindo a perpetuação da violência.

Portanto, o DSD ainda que cercado de incertezas, permite avançar o olhar para uma reflexão mais abrangente, e assim viabilizar a construção de uma prática diferenciada, na perspectiva da proteção integral à criança, em respeito aos princípios e garantias legais, como o princípio da prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente, instituídos pela CF/88 e reafirmados pelo ECA.

4 CONCLUSÃO

Assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente num contexto de violência sexual não é tarefa simples. Demanda esforço conjunto e um olhar cauteloso e diferenciado da realidade, o que significa romper com velhos paradigmas. Com isso, o sistema de justiça, assim como os profissionais que o integram, devem repensar suas ações sem perder de vista a necessidade de proteção e tutela das vítimas, face a efetiva garantia dos princípios da prioridade absoluta e do superior interesse da criança.

Ressalta-se que o próprio contexto da sociedade vem exigindo novas posturas, no que tange as questões relacionadas à infância, e com isso, pensar numa intervenção interdisciplinar torna-se essencial, para que seja dada atenção ao estado subjetivo da criança, diante do trauma sofrido, e assim, possibilitar a diminuição dos danos secundários.

No atual sistema vigente, casos de violência sexual, dos quais a criança é vítima, ocorrem de maneira clandestina, sem que haja a presença de testemunhas. Em função disso, a própria vítima tem o papel de provar a ocorrência do fato à justiça, prevalecendo na investigação processual a busca da verdade dos fatos, que se configura na prova necessária à condenação do agressor. No entanto, essa busca

da verdade “a qualquer preço” acaba reforçando o trauma sofrido pela vítima, pois ocorre de maneira equivocada, em decorrência da forma tradicional imposta pela Justiça, onde profissionais que compõem o sistema de garantia de direitos não estão totalmente preparados técnica e emocionalmente para atender e escutar a criança.

Cumprе salientar, que o ritual processual é, no mínimo, desgastante para a criança, pois a necessidade e o dever de relatar várias vezes a pessoas estranhas, fatos que nem mesmo pode compreender, não garante a proteção que ela precisa. Além disso, a carga emocional da criança, ao ser colocada na presença daquele que violou seus direitos, pode lhe causar danos e opiniões divergentes, quanto a validade do seu depoimento.

Em face disso, o modelo alternativo que se defende visa resguardar a criança e evitar a *revitimização*, garantindo seus direitos e melhorando a produção de provas. A nova proposta de inquirição é realizada de forma humanizada, em ambiente próprio, onde a criança se sinta segura e acolhida, o que favorece o rompimento do silêncio, havendo mais detalhes na exposição do fato e conseqüentemente maior credibilidade no seu depoimento.

Apesar das várias críticas, a discussão que se coloca frente a metodologia do *Depoimento Sem Dano*, está pautada na possibilidade de redução ou não dos danos, bem como, no papel que os técnicos devem assumir para garantir a efetividade desta prática, vez que a intervenção interdisciplinar se mostra mais apropriada na comunicação com estas crianças, considerando a delicadeza do tema e a necessidade de estabelecer um trabalho conjunto, que respeita a condição e os limites da vítima.

Por todo o exposto é inegável que a proposta inovadora do DSD vem para contribuir e somar esforços, na tentativa de garantir a proteção que a criança necessita, quando pretende conciliar a produção de prova com a proteção da vítima/testemunha, porém, como toda nova

ideia, deve ser aprimorada com a prática, pois não está livre de apresentar falhas que precisam ser corrigidas. Vale destacar a necessidade de assegurar ao técnico facilitador (assistente social ou psicólogo) sua autonomia profissional na condução do interrogatório, para que atue preventivamente, podendo interromper ou prosseguir quando julgar necessário, sempre priorizando o bem estar da criança.

Assim, o debate em torno do tema ainda exige estudos mais aprofundados, pois compreender a violência sexual na perspectiva de garantir proteção e amparo às vítimas é tarefa de todos. Conclui-se então, que a proposta apresentada como Depoimento Sem dano, não está totalmente isenta de danos, mas é a única prática que propõe a tentativa de reduzir o sofrimento da criança vitimizada, configurando como a melhor forma de atuação da Justiça, na dinâmica processual infantil, por facilitar a aplicação da lei e, ao mesmo tempo, proteger a criança.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187-207.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de Violência Sexual: proteção ou violação de direitos?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar praticada contra a criança: a quem compete produzir a prova?**. Disponível em: <<http://depsemdano.blogspot.com.br/2014/08/a->

quem-compete-produzir-prova.html#more>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

BALBINOTTI, Cláudia. **A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso.** Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan. 2009.

BRANDT, Emerson. Pequenas vítimas: o desafio. In: PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273-289.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de ago. de 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.126/2004.** Acrescenta o art. 161-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - para prever regras especiais quanto à realização de laudo pericial e psicossocial nos crimes contra a liberdade sexual de criança ou adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=264294>>. Acesso em: 02 de set. de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação 33/2010.** Esquematizado por Márcio André Lopes Cavalcante. Informativo Esquematizado, 556, 25 de março de 2015. Disponível em: <https://blu173.mail.live.com/mail/ViewOfficePreview.aspx?messageid=mgRVFcKJRW5RGSFwAhWthllA2&folderid=fllvt7ZUk4qU2lM>

[qFKf4HYTQ2&attindex=0&cp=-1&attdepth=0&n=29478018](https://blu173.mail.live.com/mail/ViewOfficePreview.aspx?messageid=mgRVFcKJRW5RGSFwAhWthlIA2&folderid=fllvt7ZUk4qU2IMqFKf4HYTQ2&attindex=0&cp=-1&attdepth=0&n=29478018).

Acesso em: 10 de set. de 2015.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário oficial, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal De Justiça, 5 turma. **RHC 45.589-MT**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em 24 de fev. de 2015. Informativo Esquematizado, 556, 25 de março de 2015. Disponível em: <https://blu173.mail.live.com/mail/ViewOfficePreview.aspx?messageid=mgRVFcKJRW5RGSFwAhWthlIA2&folderid=fllvt7ZUk4qU2IMqFKf4HYTQ2&attindex=0&cp=-1&attdepth=0&n=29478018>.

Acesso em: 10 de set. de 2015.

BRITO, L. M. T.; PARENTE, D. C. (2012). Inquirição judicial de crianças: pontos e contrapontos. **Psicologia & Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 178-186. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822012000100020>. Acesso em: 02 de set. de 2015.

CEZAR, José AntonioDaltoé. A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em juízo. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169-186.

CEZAR, José AntonioDaltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Di GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Wania Claudia Gomes Di Lorenzo. A Produção de provas pessoais por crianças e adolescentes: uma questão interdisciplinar. In: PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ONU. **Convenção Internacional Dos Direitos Da Criança**. Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> . Acesso em: 02 de set. de 2015.

PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). **Psicologia na prática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULO, Beatrice Marinho. Nadando contra a corrente: um outro olhar sobre a participação de psicólogos na inquirição de crianças. In: PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POTTER, Luciane. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível:

<<http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/1713/1/000396637-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 01 set. de 2015.

POTTER, Luciane, et. al.. **Depoimento sem dano**: por uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, JadirCirqueira de. A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, n.23, p.49-57, 2012. Disponível em: Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1055/1%20R%20MJ%20Implantacao%20-%20Jadir.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 de set. 2015.

TABAJASKI, Betina; PAIVA, Claudia Victolla; VISNIEVSKI, Vanea Maria. Um novo olhar sobre o testemunho infantil. In: POTTER, Luciene. **Depoimento sem danos**: por uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57-70.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Máira Braga Azevedo¹
Cristiane Afonso Soares Silva²

RESUMO: O presente trabalho visa analisar as diversas formas de filiação, contrapondo, inclusive, a filiação biológica e a socioafetiva, que encontra amparo no artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro, e especialmente nos princípios constitucionais que tratam da família e filiação, princípios estes que, juntos, buscam satisfazer o melhor interesse da criança. Assim, pretende-se demonstrar que a afetividade pode, notadamente, garantir o melhor interesse não só do menor, mas sim de toda a família.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 1593. Código Civil. Afetividade.

ABSTRACT: This study aims to analyse the diversity of filiation types. It will contrast biological filiation to socioaffective one, which is supported by the 1.593 Article of the Brazilian Civil Code and, specially, by constitutional principles that deal with family and filiation – which, together, aim to guarantee the interests of the child. It also intend to show that affectivity can, remarkably, contribute not only on behalf of de minor, but on of all family.

KEYWORDS: 1.593 Article; Brazilian Civil Code; Affectivity.

¹ Acadêmica do IESI/FENORD.

² Mestra em Gestão Integrada de Território (UNIVALE), especialista em Ciências Jurídicas, professora de Direito Civil do IESI/FENORD.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo inexistindo previsão no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Filiação Socioafetiva mudou os conceitos do Direito de Família, trazendo muito mais que uma relação consanguínea, fazendo existir um vínculo maior pelo afeto, amor e carinho existente entre seres.

O presente trabalho visa apresentar e desvendar as novas faces que o Direito de Família revelou, mostrando de maneira clara e objetiva o alcance da Filiação Socioafetiva nos dias atuais, seus direitos, obrigações, bem como o modo com que se configura. Além do mais, visa analisar uma nova forma de filiação construída tão somente com base no afeto. Não se trata, contudo, de desmerecer a filiação biológica, mas sim, de garantir o melhor interesse do filho.

Tendo em vista o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o afeto como elemento do direito de família, o trabalho pretende responder as seguintes indagações: poder-se-á afirmar a prevalência da filiação socioafetiva em face da filiação biológica? Para fins de sucessão, pode-se afirmar que o filho sócioafetivo possui as mesmas condições de igualdade dos filhos consanguíneos?

Trataremos aqui sobre a evolução histórica e social do direito de família, da filiação, bem como suas espécies previstas, incluindo também a filiação socioafetiva, e por fim, far-se-á a comparação da filiação socioafetiva frente a filiação biológica, tendo sempre como norte, o melhor interesse da criança e do adolescente, que é aqui o nosso grande foco.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Mudou-se o conceito de família desde a antiguidade até os dias atuais, seja essa interpretação jurídica ou social. Na oportunidade, vale ressaltar que a família foi a primeira entidade social constituída pelo homem, baseando-se em determinados grupos de pessoas que se derivavam de um único ancestral ou oriundas do matrimônio.

A maior mudança da qual o Direito de Família se submeteu foi no que tange à democracia na sua constituição, visto que, antigamente, o que existia em grande parte da história era a família patriarcal, havendo um acúmulo de poderes depositados na figura do pai (pater), que agia como um chefe perante a sociedade, mantendo todos à sua volta como seus subordinados. Tinha também como características, a capacidade relativa da mulher e a indissolubilidade do casamento.

Outro fato importante, que vale ressaltar como característica da família na antiguidade, era que a sua constituição visava apenas aos interesses patrimoniais. Nesse sentido Philippe Airés, citado no artigo de Michele Amaral Dill e Thanabi Bellenzier Calderan, apontam como missão da família:

Essa família antiga tinha por missão (...) a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor (AIRÉS *apud* DILL; CALDERAN, 2011).

As constituições anteriores à atual vigente mantiveram as características da família patriarcal, onde apenas com a criação do

Código Civil de 1916, é que as figuras do homem e da mulher passaram a ser determinadas, mas mesmo assim, o homem ainda figurava como o chefe soberano da sociedade conjugal.

Um avanço bastante inovador à época foi a publicação da Lei n. 6.515, Lei do Divórcio no ano de 1977, onde tratava da possibilidade de dissolução do casamento, cessando assim, um dos elementos constituidores da família patriarcal, que era a ideia do casamento indissolúvel.

Finalmente, veio a Constituição Federal de 1988, trazendo novos ares ao Direito de Família e esses novos conceitos e visões a respeito da família vieram a ser admitidos, passando a família a ser de espécie democrática e substancialmente igualitária perante a sociedade. Segundo Rosenvald (2014) era justo que a legislação acompanhasse todas essas inovações, para que assim, pudesse alcançar maior efetividade nas relações jurídicas.

3 DA FILIAÇÃO

3.1 CONCEITO

Inicialmente, vale ressaltar que os conceitos de paternidade/maternidade e filiação não se confundem. Trata-se de vínculos distintos. A filiação é conceituada como sendo a “relação jurídica que liga o filho a seus pais”, assim sendo, é a relação vista sob a ótica do filho, enquanto que a paternidade é a relação familiar vista sob o ângulo dos pais (GONÇALVES, 2008).

Feita essa distinção, é importante aprofundar no conceito de filiação. Carlos Roberto Gonçalves citando Sílvio Rodrigues ensina que a “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquela que a geraram, ou a

receberam como se as tivesse gerado” (RODRIGUES *apud* GONÇALVES, 2008).

Nesse mesmo sentido, é conceituada como sendo “a consequência natural da procriação, sendo os filhos produto desse ato”. Todavia, observa-se que nem sempre pais e filhos guardam entre si laços consanguíneos (WALD, 2002).

Venosa (2006), por sua vez, ensina que a filiação é “um conceito relacional, sendo uma relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas”. Afirmando, assim, a possibilidade de tal situação decorrer de um vínculo biológico ou não, como ocorre nos casos de adoção.

A filiação se traduz, portanto, numa relação de parentesco entre duas pessoas, não se encontrando restringida, portanto, ao vínculo biológico. Atualmente, os autores costumam definir a filiação de forma mais abrangente, visto a legislação ser bem clara no sentido de admitir tanto a filiação biológica, quanto a jurídica.

3.2 DAS ESPÉCIES

Não bastava simplesmente classificar seu conceito. Aqui, o legislador buscou identificar, expressamente, os tipos de filiação admissíveis, dentre elas: a adotiva, também chamada de filiação jurídica; a presumida, aquela que advém da própria lei (artigo 1597 do Código Civil); e a filiação natural ou consanguínea/biológica (BRASIL, 2002).

Não obstante, a própria legislação civil em seu artigo 1593, ao dispor que o parentesco será natural ou civil, resultante de consanguinidade ou *outra origem*, deixa espaço para outras formas de filiação, possibilitando novos métodos de se constituir uma família, não ficando limitado, portanto, a conceitos predeterminados, taxativos, que o ordenamento jurídico estabelece. A partir daí então passa a

permitir o critério afetivo nas relações de parentesco, incluindo, deste modo, a filiação.

Nesse sentido, Carvalho (2009), ao tratar da filiação, a separa em duas espécies: natural ou de *outra origem*. Pelo exemplo dado pelo autor, essa última seria a adoção, a reprodução assistida heteróloga e ainda a socioafetiva.

Maria Cristina de Almeida, citada por Carmela Salsamendi de Carvalho ensina que:

O tema da paternidade ou da filiação no Direito de Família contemporâneo implica, necessariamente, enfocar os três momentos que hoje se interligam na relação paterno-filial: a paternidade jurídica ou presumida (dado legal – imposto pela ordem jurídica), a paternidade científica, biológica ou genética (dado revelado ou conquistado pela medicina genética) e a paternidade socioafetiva (dado cultural ou histórico, construído em conformidade à ordem axiológica de uma determinada época) (ALMEIDA *apud* CARVALHO, 2012, p. 99).

A filiação matrimonial compreende na maternidade originária da mulher (esposa) e na paternidade advinda do homem (marido), sendo configurada com o casamento anterior à concepção. A maternidade, neste caso, é provada pelo parto, e a paternidade, pelas presunções legais estabelecidas no artigo 1.597, I e II do Código Civil.

Trata-se de presunção relativa da filiação natural, admitindo-se prova em contrário, no que diz respeito ao pai. Com relação à filiação extramatrimonial, esta abrange os filhos havidos fora da constância do casamento, e, por essa razão, não possuem presunção de paternidade. Entretanto, aos filhos concebidos nessa situação, é concedido o direito de reconhecimento pelos pais, seja conjunta ou separadamente, tratando-se de um ato meramente declaratório.

E assim, na ideia de proteção à família e na intenção de conservar os preceitos constitucionais foi que o Código Civil buscou estabelecer as formas de vínculo de parentesco. É notório afirmar que o ordenamento jurídico não consegue acompanhar todas as transformações sociais, e é justamente nesse sentido que está a importância da interpretação jurídica no sentido de permitir que a lei seja aplicada de maneira mais apropriada.

3.3. DO ARTIGO 1.593 DO CÓDIGO CIVIL

Estabelece o artigo 1.593 do Código Civil que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. O que se percebe ao analisar esse artigo é que o legislador buscou constituir um sistema jurídico mais amplo, não estando restrito a conceitos predeterminados, admitindo-se diferentes interpretações (BRASIL, 2002).

O referido artigo é claro quanto à hipótese de parentesco com base na consanguinidade, porém, não especifica a referida “*outra origem*” de parentesco, cabe, então, definir o que vem a ser relação de parentesco. Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

Em sentido estrito, a palavra parentesco abrange somente o consanguíneo, definindo de forma mais concreta como a relação que vincula entre si pessoas que descendem uma das outras, ou de mesmo tronco. Em sentido amplo, no entanto, inclui o parentesco por afinidade e o decorrente de adoção ou outra origem (GONÇALVES, 2008, p. 272).

A relação de parentesco, em uma visão moderna, abrange tanto as legalmente estabelecidas (filiação natural, filiação adotiva, filiação advinda de reprodução assistida, entre outros), quanto aquelas

constituídas através da afetividade. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal (PEREIRA, 2011, p. 193).

Contudo o princípio da afetividade não possui expressa previsão legal, encontrando suporte na doutrina e jurisprudência, além dos princípios constitucionais existentes, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Não obstante, mesmo diante da sua falta de previsão legal, tal princípio não possui sua potencialidade normativa reduzida.

4 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é, sem dúvidas, um aspecto inovador trazido pela doutrina e jurisprudência, que, como dito anteriormente, encontra amparo nos princípios constitucionais e no rol exemplificativo do artigo 1523 do Código Civil, que servem de base legal para que se assegure tal forma de filiação (BRASIL, 2002).

Cumprе salientar a importância da figura do pai social, que é conferida àquele que protege, cuida, educa, oferece amor, e, em razão disso, cria um laço afetivo com o menor. É nesse sentido que os autores Silvana Carbonera e Marcos Alves da Silva traduzem que “o papel de pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel do genitor, visto que a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético” (CARBONERA; SILVA, 2009).

É essencial que haja a verdadeira posse de estado de filho. Em outras palavras, exige-se que ele seja criado como se filho legítimo fosse, e é por essa razão, associada à falta de regulamento específico que caberá ao magistrado a análise do caso concreto. Nesse mesmo sentido, conceitua José Boeira, citado no artigo de Adriana Karlla de Lima:

A posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho seu fosse, conseqüentemente, o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (BOEIRA *apud* LIMA, 1999).

Tem-se como objetivo aqui, a valoração no meio familiar, de elementos e sentimentos que surgiram com o decurso do tempo, e assim, proporcionar estabilidade ao pai e, principalmente, ao filho menor. Entretanto, é devido à omissão do legislador que caberá ao juiz decidir pela caracterização ou não da paternidade a partir do vínculo afetivo estabelecido entre pai e filho.

Nesse sentido, há quem estabeleça requisitos a serem cumpridos para a caracterização da paternidade socioafetiva, como exemplo, para o jurista Luiz Edson Fachin “a posse de estado de filho está caracterizada desde que estejam presentes três elementos: *tractatus, nomem e fama (ou reputatio)*”. Em outras palavras, determina ser imprescindível analisar o comportamento cotidiano, demonstrando ser permanente a relação, a utilização do nome da família, bem como que seja estampado o vínculo para toda a sociedade (FACHIN, 1999).

Ainda que presentes os laços de afetividade, publicidade da relação e rotina diária, é necessário ainda, considerar a idade do menor e o tempo de convivência com o pai. É necessário que haja um decurso razoável de tempo de convivência, pois será através dele que se consolidará o vínculo de afeto. Situação em que, também, dependerá

da apreciação do magistrado ao caso concreto. Para acrescentar, Carvalho (2008, p. 116) aduz:

A afetividade de pai e filho pode se mostrar, por exemplo, através do tratamento entre duas pessoas, da fama dessa relação na comunidade, do nome usado como identificação pessoal, familiar e social, enfim, inferida dos elementos gerais da posse de estado de filho (CARVALHO, 2008,p. 116)

Para os defensores da filiação socioafetiva, a inexistência do vínculo biológico, onde a afetividade é presumida, a torna mais estável e verdadeira, já que se dá por livre iniciativa do pai. A grande preocupação é, certamente, preservar a dignidade do menor, seu interesse e formação. Apesar da ausência de regulamentação nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro é claro quanto à proteção do menor e da família, como disposto no artigo 226, §7º, que trata do princípio da paternidade responsável (BRASIL, 1988).

O referido princípio funciona como base da filiação socioafetiva, visto que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar ao menor uma convivência saudável ao seu desenvolvimento moral, físico e psíquico. Ou seja, garantir-lhe uma família estruturada e harmoniosa é prioridade, ainda que a mesma seja construída tão somente com base no afeto.

Com o objetivo de dar efetividade ao referido princípio, não se faz necessário que se preencham os requisitos anteriormente mencionados para a caracterização da filiação socioafetiva, afinal, será considerado a posição do menor perante o pai, avaliando se para a criança/adolescente houve a formação de um vínculo afetivo ou da simples figura de pai.

Sendo assim, faz-se necessário uma análise de todas as peculiaridades em que o menor esteja inserido para que se aprecie no caso concreto. Desta forma, mostra-se indispensável a presença de um

magistrado flexível e socialmente sensível para que julgue situações como essa: tão somente afetivas, com ausência de regulamentação legal e que envolva uma das situações mais preciosas do gênero familiar, que é a figura de pais e filhos.

4.1 FILIAÇÃO BIOLÓGICA *VERSUS* FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Não tendo o legislador determinado expressamente a espécie de filiação que tem por base os laços afetivos, bem como a posse de estado de filho, e ao mesmo tempo, deixando margem para novas interpretações, ampliou o espaço para existência de conflitos no que diz respeito à filiação.

Notadamente, acompanhar os avanços da sociedade mostra-se tarefa bastante complicada. Todavia, cabe ao magistrado encontrar uma solução justa aos problemas que porventura apresentarem.

E, nesse sentido, é que Rose Melo Venceslau, citada por Carmela Salsamendi, ensina:

A solução do caso concreto deve ser cuidadosa para que não se transforme em fórmula matemática, sempre considerando o pai como o genitor. Os critérios biológico e afetivo devem ser ponderados, para que se decida de acordo com o melhor interesse da criança (VENCESLAU *apud* CARVALHO, 2012, p. 114).

Certamente para o filho, a oportunidade de conhecer seus pais biológicos pode ser essencial para o seu crescimento pessoal e social, não excluindo a proteção jurídica que tal acarretaria. Tanto é que por muitos anos, teve como referência uma família patriarcal e protegida de tudo aquilo que era exterior ao casamento, considerando apenas filho legítimo aquele havido na constância do casamento.

Ratificada pelo Brasil, a Convenção sobre os direitos da Criança (1989), dispõe que à toda criança será assegurado o direito, na

medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles. De fato, é impossível desconstituir a filiação biológica. Entretanto, apesar da dimensão conquistada pelas relações de afeto, não se pode tirar do filho o direito de conhecer seus pais biológicos.

É tamanha a importância da filiação biológica que, através do princípio da Paternidade Responsável, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a reconhecer esse direito como indisponível, imprescritível e personalíssimo o reconhecimento do estado de filiação. Assim, sendo indissolúvel o vínculo biológico, não é função da filiação socioafetiva invalidá-lo, afinal, ambas as formas de filiação são válidas e sustentadas pelo mundo jurídico.

Fato é que na filiação biológica o afeto é presumido, bem como é involuntário o vínculo existente. Todavia, todos sabem que é numerosa a quantidade de situações em que o pai se omite em relação aos seus deveres, seja de guarda, atenção, carinho, sustento ou educação. Desta forma, essencial é o propósito da filiação socioafetiva. Aqui, além de não ser presumido o afeto, escolhe-se pelo vínculo, objetivando propiciar ao menor uma criação com base no amor e na dedicação.

Assim, difícil se torna a função do magistrado em decidir por outra forma de filiação quando houver conflito entre ambas, devendo analisar cada caso específico, visando o melhor interesse e liberdade do menor, bem como os demais requisitos essenciais para a configuração da filiação socioafetiva.

Nesse sentido, cumpre salientar que, objetivando o melhor interesse do menor, os Tribunais vêm negando provimento às ações anulatórias de paternidade ao fundamento de que houve a formação do vínculo afetivo, visto que, para o menor, foi construída uma relação de afeto através da convivência.

Como exemplo, segue a decisão da Apelação Cível 1.0701.12.024888-8/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob relatoria da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto:

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE - REGISTRO DE NASCIMENTO - VÍCIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O réu não comprova a ocorrência do vício de consentimento quando da prática do ato, razão porque não há como determinar a anulação do assento de nascimento sob o mencionado fundamento", acrescentando "a impossibilidade da anulação do registro de nascimento, em face da existência da paternidade socioafetiva (TJ-MG – AC: 10701120248888001 MG, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 29/05/2014, Câmaras Cíveis /8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/06/2014).

Nesse mesmo sentido, foi decidida pelo mesmo Tribunal de Justiça a Apelação Cível 1.0183.08.143710-9/001, *verbis*:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – PATERNIDADE AFETIVA – RELEVÂNCIA. Tratando-se o reconhecimento voluntário da paternidade de um ato de assunção de responsabilidades, só é anulável mediante prova de algum dos vícios que contaminam o ato jurídico, como o erro ou coação, que devem ser comprovados. A assunção espontânea da paternidade envolve não só sentimentos, gerando a denominada paternidade afetiva, mas também direitos e obrigações, até de cunho patrimoniais, de forma que o simples ajuizamento de ação negatória de paternidade, sem a prova do erro alegado, o contrário ressaltando dos autos, não tem o condão de afastar a paternidade assumida.” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0183.08.143710-9/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 16/03/2010).

Portanto, trata-se de priorizar ao menor um desenvolvimento saudável e sem transtornos indesejáveis, principalmente no setor familiar, que será a base da sua formação. Razão pela qual, anular a figura paterna acarretaria frustrações psicológicas, sociais e, até mesmo, patrimoniais.

Dessa forma, havendo a possibilidade de o menor obter todos os cuidados essenciais à sua formação de quem optou por criá-lo e amá-lo, não pode o magistrado dispensar tal feito, bem como não pode analisar questões tão delicadas como estas com base pura e restritamente na lei.

O que se nota, entretanto, é que a ligação genética não é suficiente para a formação da paternidade. Vale dizer: a filiação socioafetiva é construída no dia a dia, através de gestos de amor e dedicação, não cabendo ao ordenamento jurídico, portanto, desmerecê-la ou negar-lhe reconhecimento ao argumento da inexistência de norma expressa. É nessa lógica que Rodrigo da Cunha Pereira, citado por Maria Berenice Dias declara:

Podemos definir o pai como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome? A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai aquele que age como pai, quem dá afeto, quem assegura a proteção e garante a sobrevivência (PEREIRA *apud* DIAS, 1999).

Aprofundando no assunto, é possível ainda, a possibilidade de, na contraposição entre a filiação biológica e afetiva, de que ambas sejam reconhecidas, de modo a proporcionar ao filho a convivência com mais de um pai ou mais de uma mãe. Trata-se, pois, de igualdade de filiações, com base também no afeto.

Resumidamente, trata-se da possibilidade de conceder ao filho a chance de receber a assistência devida por mais de um pai, de modo que ambos o registram, produzindo todos os efeitos jurídicos. Isso nada mais é do que a consequência da valorização do afeto das entidades familiares e, claro, do interesse do menor colocado em evidência no caso concreto.

Euclides Oliveira, com relação ao assunto, discorre sobre o tema:

A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente a biológica ou vice-versa, terá, em quaisquer casos, como principal fundamento o interesse do próprio menor, e/ou os da consolidação e estabilidade do grupo familiar irretocável, sempre na diretiva da dignidade da pessoa. A parentalidade múltipla guarda conformidade com os fatos da vida, para integrar-se em inexorável liame com o valor do afeto ao contexto personalístico da pessoa, nas relações de filiação que possua, juridicamente consideradas e reconhecidas (OLIVEIRA, 2014, p. 275).

Desse modo, resta claro que o objetivo dos defensores da filiação socioafetiva (e também da multiparentalidade) é proteger as relações familiares já constituídas, bem como resguardar os interesses do menor.

Assim, diante de tantas mudanças socioculturais e jurídicas, propiciar um ambiente familiar saudável e estruturado a todos, é, sem dúvidas, um ganho imensurável. Afinal, é a base de tudo, é onde cada indivíduo, especialmente o filho, encontra amparo durante toda a sua vida. E é nessa razão que a família vem deixando de ser examinada unicamente através de laços biológicos e consanguíneos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho, viu-se quantas mudanças foram acarretadas à entidade familiar, que é a consequência das mudanças sociais, levando tanto o legislador quanto os próprios juristas a se adequarem.

A família patriarcal e hierarquizada que tratava o Código Civil de 1.916 deu lugar a novas relações familiares construídas por laços de amor. A Constituição Federal de 1988 acolheu as uniões afetivas, buscando proteger a família de todo modo, estabelecendo assim, a interferência mínima do Estado nas entidades familiares, bem como a igualdade de todos os membros. Apesar de acolher as uniões afetivas, a CF/88 não tratou expressamente das relações familiares formadas através do afeto e nem da posse do estado de filho.

Nota-se, ainda, que as relações de afeto alcançaram também o instituto da filiação, afinal, o que se tinha era, basicamente, a filiação decorrente da consanguinidade, adoção e presunção (*“pater is est”*), onde se presumia ser filho aquele nascido na constância do casamento.

Apesar de não estar expressamente prevista na lei, a doutrina e jurisprudência tem valorizado a filiação socioafetiva, visando garantir apoio patrimonial, possibilitando ao filho receber afeto, proteção e cuidado que, provavelmente, não receberia do pai biológico.

Todavia, não basta a simples existência de afeto para que a tal espécie de filiação esteja configurada, faz-se necessário, ainda, a existência da posse de estado de filho através de relações cotidianas e sociais e o modo que se apresentam no ambiente familiar. Nota-se que a filiação vai muito além do vínculo genético. A existência do material genético não pressupõe a existência de amor; diferente do que acontece na filiação socioafetiva, onde se escolhe amar e educar.

É nessa razão que cabe ao magistrado aplicar adequadamente a norma de modo que preserve ao menor e seus interesses, conferindo, ainda, maior segurança às relações familiares.

Contudo, a ausência de norma expressa é suprida pelos princípios constitucionais que regem o direito de família e a filiação. Ademais, pelo princípio da igualdade de filhos, uma vez reconhecida e configurada a filiação socioafetiva deve ser concedido ao filho todos os direitos devidos aos demais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil, Lei 3.071/1.916. Brasília: Congresso Nacional, 1916.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília: Congresso Nacional, 1977.

CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia: uma reflexão acerca das transformações da filiação a partir da Constituição Federal de 1988. *In:* CONRADO, Marcelo;

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord). **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Carmela Salsamendi. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. São Paulo: Juruá, 2010.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 2ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Evolução da Família e Seus Direitos**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7 - a evolu%27%23o da fam%2Dlia e seus direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_a_evolu%27%23o_da_fam%2Dlia_e_seus_direitos.pdf)>. Acesso em 04 de Agosto de 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista artigos leitura&artigo_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)>. Acesso em 15 de Dezembro de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: direito de família, 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. v. 6: Direito de Família, 2008

LIMA, Adriana Karlla de. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280>. Acesso em 01 de Julho de 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0701.12.024888-8/001**. Apelante (s): A.D.A. – Apelado (a)(s): S.B.A. Relator (a): Des. (a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Uberaba, julgamento em: 29/05/2014, publicação da súmula em 09/06/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122966964/apelacao-civel-ac-1070112024888001-mg/inteiro-teor-122967012>. Acesso em: 04 de Agosto de 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0183.08.143710-9/001**. Apelante (s): V.M.S. – Apelado (a)(s): T.A.L.S. Relator (a): Des. (a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Conselheiro Lafaiete, julgamento em: 16/03/2010. Acesso em: 04 de Agosto de 2015.

MELO, Edson Teixeira de. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9093>>. Acesso em: 28 de Março de 2015.

OLIVEIRA, Euclides de. **Multiparentalidade**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=2059>>. Acesso em: 04 de Agosto de 2015.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil - Direito das Famílias**. 6ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Atlas. v. 6: direito de família, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. VI. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. - 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PARTO ANÔNIMO SOLUÇÃO PARA COMBATER O ABANDONO SELVAGEM?

Ariani Rodrigues Fernandes da Silva¹

Cristiane Afonso Soares Silva²

RESUMO: Este artigo pretende analisar o instituto do parto anônimo, como possível solução para reduzir o número de vítimas do abandono selvagem no Brasil.

PALAVRAS- CHAVE: Abandono selvagem. Parto anônimo. Direito à vida. Projeto de Lei 2.747 de 2008.

ABSTRACT: This article aims to analyze the anonymous delivery institute, as a possible solution to reduce the number of victims of wild abandon in Brazil.

KEYWORDS: Wild abandon. Anonymous childbirth. Right to life. The 2008 law 2747 project.

1 INTRODUÇÃO

As políticas de planejamento familiar realizadas pelo Estado são ineficazes. O número de mulheres que engravidam e que não desejam ter um filho ou não estão preparadas financeiramente ou psicologicamente para serem mães aumenta a cada dia em nosso país.

Para dar fim à gestação indesejada muitas mulheres praticam o aborto, outras, com receio da punição pela prática deste crime seguem com a gestação e, após o nascimento, abandonam seus filhos de forma clandestina em locais impróprios.

¹ Acadêmica do curso de Direito IESI/FENORD.

² Mestra em Gestão Integrada de Território (UNIVALE), especialista em Ciências Jurídicas, professora de Direito Civil do IESI/FENORD.

No ano de 2008, o então deputado Eduardo Valverde, do partido dos trabalhadores de Rondônia, apresentou o Projeto de Lei 2.747, objetivando a criação de mecanismos para coibir o abandono materno e dispendo sobre o instituto do parto anônimo no Brasil.

A adoção do referido instituto possibilitaria à genitora que não deseja exercer a maternagem realizar a entrega de seu filho para adoção de forma sigilosa e célere, evitando o abandono em local impróprio e degradante.

2 A HISTÓRIA DO ABANDONO

Abandonar consiste em deixar desamparado, rejeitar, renegar aquele que é incapaz de sobreviver sem os cuidados de quem o abandona.

Necessário esclarecer que entregar uma criança não significa abandoná-la, mas sim significa um ato de amor praticado pela mãe que abre mão de participar da criação de seu filho para que este possa receber todos os cuidados de que necessita, mas que ela não é capaz de lhe oferecer.

A ausência de condições financeiras para o sustento de seus filhos pode ser citada como a principal causa do abandono de crianças.

É necessário esclarecer, que além da pobreza, existiam outras causas responsáveis por pais e mães se desvencilharem de seus filhos, dentre elas os preconceitos sociais e de gênero.

Mister salientar que de acordo com os antigos padrões morais, a gravidez de uma mulher solteira resolvia-se com a realização de práticas abortivas ou com a entrega do filho às rodas. De acordo com Valdez, “Não eram raros os bilhetes deixados com os expostos, que explicitavam que o exposto era filho de adultério, de concubinato, ou seja, de mães que ocupavam certo prestígio social e não poderiam criá-los e, por isso, os abandonavam” (VALDEZ, 2004, p.114).

Outro relevante motivo era a escravidão, era comum que mães escravas entregassem seus filhos às Casas de Misericórdia, para que estes tivessem uma chance de serem livres.

A fim de evitar que crianças recém-nascidas fossem abandonadas nas portas das igrejas, das casas e nas ruas, foi importada da Europa a primeira roda dos expostos (VALDEZ, 20004, p.110 - 112).

3 RODA DOS EXPOSTOS

A roda dos expostos surgiu na Itália por volta do ano de 787, por iniciativa do papa Inocêncio III.

Segundo Valdez:

O papa Inocêncio III dedicou uma atenção especial à infância, quando, pescadores retiraram do rio Tibre, em suas redes, um número elevado de bebês mortos, vítimas, provavelmente, do infanticídio, fato que teria comovido Inocêncio III, fazendo que destinasse um hospital ao lado do Vaticano para receber os expostos e abandonados (VALDEZ, 2004, p.112).

Joana Maria Pedro elenca algumas práticas muito antigas de eliminação de recém-nascidos como “a de não lavar a criança recém-nascida; a de esmagar a cabeça da criança com uma pedra; a de jogá-la no chão; ou contra uma árvore; a de esganá-la com um cipó; a de enfiar um graveto afiado em sua garganta; ou a de encher a boca da criança com areia (NASCIMENTO, 2008, p. 94-95).

A igreja católica inaugurou, então, a contraditória roda dos expostos, que se espalhou para outros locais com a finalidade de frear o abandono e as mortes dos bebês.

4 CONCEITO

A roda dos expostos possuía como finalidade evitar o abandono, possibilitava que de forma anônima, a mãe que não possuía condições ou não desejava criar seu filho pudesse deixá-lo em um local seguro onde receberia os cuidados necessários para sua sobrevivência e posteriormente seria inserido em família substituta.

O cilindro giratório geralmente feito de madeira, que ao ser movimentado permitia que a criança deixada do lado de fora do local onde estava instalado, fosse levada para a parte interna deste, foi chamado de roda dos expostos.

4.1 SURGIMENTO E EXTINÇÃO NO BRASIL

A instalação da primeira “roda dos expostos” no Brasil, ocorreu no ano de 1726 na cidade de Salvador, mediante autorização de D. João VI.

Segundo D. Tomás Jose de Mello:

Por quanto aches o costume de se enjeitarem (...) as crianças pelas portas dos moradores da Cidade de Olinda, e desta Vila de Santo Antônio do Recife, tinha acontecido algumas vezes amanhecer devoradas por animais imundos, que vagavam pelas ruas; horrorizados a notícia de semelhantes espetáculos, busquei persuadir aos povos da necessidade que havia de uma Roda e Casa dos Expostos (MELLO, 1789).

Já a última desativação ocorreu na cidade de São Paulo, no ano de 1949, após funcionar por 125 anos. Tem-se notícia de que a Santa Casa de Misericórdia paulista tenha recebido o total de 5.696 expostos (QUEIROZ, 2010), enquanto Rio de Janeiro e Salvador receberam

cerca de 50 mil enjeitados durante os séculos XVIII e XIX (VENÂNCIO, 2008).

A ausência de cuidados essenciais para com estes bebês e o acolhimento visando unicamente ao proveito financeiro foram os principais motivos para desativação das rodas dos expostos no Brasil.

Ademais, nem sempre os enjeitados deixavam a Santa Casa para viverem em famílias substitutas. As câmaras e as Casas da Roda costumavam contratar “mães de aluguel”, mulheres livres ou escravas, para cuidarem das crianças, em troca ofereciam no máximo pequenos valores ou menores encargos no “mercado de amas escravas” aos seus senhorios.

Na residência dos criadores, o exposto, além de ser muitas vezes submetido à amamentação artificial, nem sempre recebia os mimos e atenção necessários.

De acordo com os médicos baianos, as moléstias que mais afetavam os abandonados decorriam de “complicações do aparelho digestivo, da fraqueza congênita, tétanos, sarnas, aftas, convulsões, inflamações oriundas dos problemas de dentição ou da infecção do aparelho respiratório” (VENÂNCIO, 2008, p. 215).

Conforme visto nos relatos acima citados, as rodas recebiam os expostos, mas não lhes garantia uma vida digna, não podendo ser outro seu destino se não a desativação.

5 PARTO ANÔNIMO

5.1 CONCEITO

Na precisa lição de (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 583) “Parto anônimo é a expressão empregada em tempos mais recentes para designar a situação outrora conhecida como roda dos expostos ou roda dos enjeitados, cujas origens remontam à Idade Média”.

Como bem esclarece Oliveira (2011, p.19):

“Trata-se de uma substituição do abandono pela entrega, mediante a qual a criança seria entregue a hospitais ou a instituições especializadas que se responsabilizariam pelos cuidados com sua saúde e, posteriormente, as encaminhariam para a adoção”.

5.2 PROJETOS DE LEI – INSTITUIÇÃO DO PARTO ANONIMO NO BRASIL

5.2.1 Projeto de Lei 2.747/08

A apresentação do primeiro projeto de lei que intencionava instituir o parto anônimo no Brasil ocorreu no dia 11 de Fevereiro do ano de 2008 pelo deputado Eduardo Valverde, do partido dos trabalhadores de Rondônia.

Em apertada síntese Oliveira (2011, p. 34) esclarece as principais pretensões do referido projeto, quais sejam:

A possibilidade de qualquer mulher, independentemente de classe, raça, etnia, idade e religião, realizar o acompanhamento pré-natal e o parto no Sistema único de Saúde em sigilo, somente podendo ser reveladas as informações referentes às origens biológicas do nascente mediante autorização judicial do interessado. A entrega do nascente pela genitora eximeria-a de responsabilização civil e criminal, sendo-lhe garantido o prazo de até oito semanas para desistir da entrega e reivindicar seu filho. O mesmo prazo seria garantido aos parentes biológicos do nascente.

Alvo de inúmeras críticas apesar de suas nobres intenções, o referido projeto foi considerado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados a técnico, ante a má elaboração de seus dispositivos e consequentemente rejeitado.

5.2.2 Projeto de Lei 2.834/08

No dia 19 de Fevereiro de 2008, o Deputado do estado do Mato Grosso, Carlos Bezerra, apresentou à Câmara um segundo projeto que pretendia instituir o parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro.

O projeto de Lei 2.834/08 conforme determinação legal tramitou em apenso ao primeiro projeto apresentado.

É novamente Oliveira (2011) quem elucida quais eram as pretensões deste segundo projeto:

Busca-se a instituição do parto anônimo no Brasil mediante alteração no art.1.638 do Código Civil Brasileiro, o qual passaria a prever mais uma possibilidade judicial de suspensão ou extinção do poder familiar, quando o pai ou a mãe optassem pelo parto anônimo. O dispositivo teria ainda um parágrafo contendo a definição do instituto (OLIVEIRA, 2011, p. 35).

Embora sua formulação tenha sido considerada técnica, o projeto também foi alvo de inúmeras críticas, principalmente no que se refere à omissão sobre o funcionamento do instituto, e o pronunciamento da figura paterna ante a decisão da genitora em entregar aquela criança.

O projeto de lei 2.834/08, não teve melhor sorte que a do seu antecessor, pois também lhe foi negado seguimento.

5.2.3 Projeto de Lei 3.220/08

O último projeto apresentado no Brasil que pretendia instituir o parto anônimo foi apresentado pelo deputado do partido dos trabalhadores da Bahia, Sergio Barradas e cuja autoria é do Instituto Brasileiro de Direito de família.

Além de prever a regulamentação do direito ao parto anônimo por uma lei federal autônoma, dispunha de 16 artigos de forma minuciosa sobre o exercício de tal direito pela gestante que não deseja ser mãe e a forma como o nascente será encaminhado à adoção, preocupando-se com o necessário fornecimento pela genitora de informações relativa à verdade biológica do nascente, resguardando seu direito de personalidade caso ocorra futura autorização judicial para que os dados sigilosos sejam revelados (OLIVEIRA, 2011, p. 34).

Apesar de ter sido considerado o mais completo e minucioso dos projetos apresentados no que tange ao funcionamento do instituto do parto anônimo no Brasil, o referido projeto também foi omissivo quanto à participação da figura paterna para decidir o futuro do seu filho.

No dia 16 de Abril de 2009 foi aprovado por unanimidade o parecer do relator Luiz Couto, negando seguimento aos três projetos legislativos.

6 PRINCIPAIS CRÍTICAS E ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS SOBRE A INSTITUIÇÃO DO PARTO ANÔNIMO NO BRASIL

Inicialmente analisaremos os principais pontos contrários à instituição do parto anônimo no Brasil, tendo como base os projetos legislativos apresentados.

Necessário esclarecer, que analisaremos as críticas comuns aos três projetos apresentados.

O principal motivo para reprovação destes projetos refere-se à ausência de previsão da participação do pai no processo de entrega de seu próprio filho.

No tocante ao tema Douglas Philips Freitas (2008), possui o seguinte entendimento:

a primeira impressão é que a vontade materna suplanta a de toda família ou, numa inversão histórico-jurídica, o antigo pátrio poder teria retomado como mátrio-poder, ao invés do poder familiar que, em regra, deve ser exercido por “ambos” os pais.

Outra relevante crítica é a ofensa ao direito destes recém-nascidos conhecerem sua ascendência genética, tratando-se de uma afronta à efetivação do direito de personalidade.

Ademais, os projetos foram considerados como um retrocesso ao tempo da roda dos expostos, a adoção do parto anônimo desconsideraria todos os avanços conquistados para proteção das crianças brasileiras, notadamente as existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal vigente.

Percebe-se ainda que a crítica referente à ausência de previsão de assistência jurídica e psicológica é apropriada, posto ser notório que a entrega de um filho devido a fatores puramente econômicos ou até mesmo devido ao estado puerperal é capaz de causar danos irreparáveis à vida de uma mulher que se arrependeu de sua decisão.

De fato, não há nos projetos apresentados qualquer previsão de acompanhamento jurídico à genitora que pretende entregar seu filho. Tal crítica é extremamente relevante, principalmente devido ao fato que a maioria das mulheres que opta pela entrega de seu filho possui baixíssimo grau de instrução, e provavelmente nenhum conhecimento jurídico sobre as consequências de seu ato.

Os projetos também sofreram críticas por não apresentarem um prazo para que o referido ato pudesse ser revogado, já que a possibilidade de arrependimento é plenamente possível, desta forma, ante a ausência de estipulação do referido prazo, surge a dúvida se o ato seria irrevogável.

Observa-se que os referidos projetos atribuíam às Unidades do Sistema Único de Saúde (SUS) a obrigatoriedade de criação de programas para realização do parto anônimo e responsabilizavam

enfermeiros, médicos e até mesmo o diretor do hospital pelo encaminhamento destas crianças à adoção. Este elevado número de possíveis responsáveis aliado à falta de fiscalização efetiva inquestionavelmente representa uma possibilidade de favorecimento do tráfico de crianças

Conforme é sabido, o atual sistema de saúde público brasileiro não se encontra em sua melhor fase, nítida é sua incapacidade em atender prontamente todos usuários que buscam por seus serviços. Tal deficiência tem como principal fonte o reduzido número de médicos e uma elevada demanda. Assim sendo pode-se perceber que a atribuição que os projetos de lei intencionavam direcionar ao SUS, é completamente incompatível com a realidade brasileira.

Contrariando as mencionadas críticas, existe entendimento favorável acerca da instituição do parto anônimo no Brasil.

Antes de adentrarmos a análise dos principais posicionamentos favoráveis à adoção do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro é imprescindível salientar as profundas transformações sofridas pelo direito de família.

Como bem esclarece Oliveira (2001, p. 93): “a concepção do afeto como elemento do conceito de entidade familiar tem sido responsável pelo conceito de família plural adotado pela doutrina e jurisprudência vigentes no Brasil”.

Inquestionavelmente nas entidades familiares contemporâneas o critério afetivo sobrepõe-se ao biológico, daí a obrigatória distinção entre pais e genitores, posto que pais são aqueles que educam, que amam, lutam por assegurar uma vida digna aos seus filhos, já genitores referem-se apenas aos laços biológicos.

Assim, em observância a este novo conceito de constituição familiar fundado no afeto, nota-se que o parto anônimo merece ser acolhido, pois prioriza justamente a inserção de crianças indesejadas

por suas genitoras em uma família substituta, capaz de amá-la e de assegurar seu desenvolvimento mental, físico e social.

Conclui-se, portanto, que o parto anônimo não deve ser considerado como um retrocesso, já que prioriza justamente a afetividade, que conforme foi visto, é a base do novo conceito das entidades familiares.

Ademais, conforme afirmam (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 585):

O parto anônimo se harmoniza com diversos princípios constitucionais, atendendo, além da dignidade das pessoas envolvidas, o direito à vida e a proteção especial da criança, assegurando a concretude de políticas públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio.

A instituição do parto anônimo no Brasil seria capaz de conferir agilidade aos demorados processos de adoção. Indiscutivelmente a morosidade e a burocratização são os principais responsáveis pela desistência da maioria das pessoas em adotar uma criança.

Em uma reportagem publicada na revista *Consulex* no dia 15 de Setembro de 2008, Freitas aponta o parto anônimo como uma forma para agilizar o processo de adoção:

... se uma mãe quiser dar o filho para adoção, precisa esperar ele nascer, ter uma guia para seu registro e somente depois disponibilizá-lo para a adoção. O parto anônimo seria uma forma de agilizar o processo de adoção (FREITAS, 2008).

A principal consequência desta lentidão na tramitação dos processos de adoção é a permanência de crianças em abrigos e a perda da chance de terem uma família, posto que quanto maior a idade, maior

a dificuldade de se encontrar uma família, já que existe uma preferência pela adoção de crianças menores de 02 (dois) anos de idade.

Também nos parece louvável a intenção do parto anônimo em proteger a vida e a dignidade da gestante que não deseja exercer a maternagem naquele momento.

Neste sentido Oliveira (2011, p. 70): “O exercício da maternidade pode representar a destruição da vida para uma mulher, tornando-se uma verdadeira prisão, restringindo, portanto, seu direito de liberdade”. A própria gestação, inclusive, já é um processo que provoca mudanças em diversos aspectos da vida de uma mulher.

A ideia fixa na mente de uma gestante acerca da obrigatoriedade de seguir com a gestação, a qual provoca mudanças na vida pessoal, profissional, hormonal, e ao final ter que exercer a maternidade quando ainda não está preparada, ou não seja sua prioridade no momento, pode figurar como tortura, a qual é repudiada pelo ordenamento brasileiro.

Observa-se que, ainda que de forma tímida o Estatuto da Criança e do Adolescente admite o parto anônimo em seu artigo 13 § único ao dispor que: “as gestantes ou mães que manifestarem interesse em entregar seus filhos para adoção, serão obrigatoriamente, encaminhadas à justiça da infância e juventude” (BRASIL, 1990).

7 CONCLUSÃO

É obvio que os referidos projetos não mereciam ser acolhidos. A entrega de uma criança não deve ser encarada como um ato tão simplório, que sequer prevê a necessidade de consentimento do pai na entrega de seu próprio filho.

Ademais, não basta atribuir às Unidades de Saúde e aos seus funcionários a responsabilidade por receber, cuidar e encaminhar

crianças indesejadas para adoção, quando existe a certeza de que com a atual estrutura física e funcional destas unidades isto seria impossível.

Percebe-se, portanto, que o parto anônimo pode ser a solução para reduzir o abandono selvagem, todavia, não poderia ser instituído conforme previam os projetos apresentados.

A substituição do abandono pela entrega é uma receita de sucesso com reconhecimento internacional.

Regulamentado no ordenamento jurídico de diversos países, a eficiência do parto anônimo é comprovada com a redução do número de vítimas do abandono selvagem.

No Brasil, apesar da existência de legislação visando coibir o abandono selvagem, o número de crianças abandonadas cresce de forma avassaladora.

Infelizmente a criminalização do aborto, do infanticídio e do abandono é incapaz de impedir que estes crimes continuem a ser praticados, conforme atestam os noticiários.

Importante salientar que o direito a uma vida digna, à convivência familiar, à inviolabilidade da integridade física não deve ser assegurado apenas nos textos legislativos. É função do Estado proteger de forma efetiva os direitos destes recém-nascidos.

A substituição do abandono pela entrega, da morte pela vida, da rejeição pelo amor é o que almeja o parto anônimo.

Devido à desnecessidade de desconstituição do poder familiar, os processos de adoção seriam menos burocráticos e conseqüentemente mais rápidos, possibilitando a inserção destas crianças em família substitutas sem que seja necessário esperar durante anos para que isto ocorra.

Mister salientar que nas atuais entidades familiares o afeto sobrepõe-se ao vínculo biológico, inexistindo razão para que uma criança indesejada seja mantida junto à sua genitora, devido a meros laços biológicos.

Nem tão pouco parece correto, exigir que a genitora ame seu filho, ou seja, que seja obrigada a participar de sua criação quando não é esta sua vontade, pois, amar alguém, ainda que seja seu próprio filho, não é uma obrigação.

Ao findar o presente estudo, percebe-se que a instituição do parto anônimo no Brasil não seria um retrocesso à roda dos expostos, mas sim uma inovação para proteger a vida não apenas de crianças indesejadas, mas também de suas genitoras.

Os resultados obtidos pelo referido instituto no âmbito internacional comprovam sua eficiência, não merecendo apreço a argumentação de que este êxito só é obtido porque tratam-se de países desenvolvidos.

O Brasil também pode fazer parte desta história de sucesso, cujo prêmio é a redução do número de crianças que são abandonadas e mortas por suas próprias genitoras, basta apenas que o tema seja tratado com a seriedade que reclama, pois é a solução para mudar a realidade do abandono neste país, já que conforme as sábias palavras de Mello (2005, p. 273): “ retirado o direito à vida nenhum outro poderá ser exercido”.

REFERÊNCIAS

ADESSE, Leila; MONTEIRO, Mário F.G. **Magnitude do aborto no Brasil**: aspectos epidemiológicos e sócio - culturais, IPAS Brasil. Disponível em: <[http:// www.ipas.org.br/arquivos/factsh_mag.pdf](http://www.ipas.org.br/arquivos/factsh_mag.pdf)>. Acesso em: 09 maio de 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2.834, de 29.02.2008**. Apresentado pelo deputado Carlos Bezerra. Institui o parto anônimo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/538683.pdf>>. Acesso em: 18 ago. de 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2747, de 11.02.2008.** Apresentado pelo deputado Eduardo Valverde. Regula o direito ao parto anônimo. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66F1CE1E90541A24EBD8BD8D91C46049.proposicoesWeb1?codteor=537107&filename=PL+2747/2008>. Acesso em: 18 ago.2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3.220, de 09.04.2008.** Apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/552449.pdf>>. Acesso em: 18. ago. de 2015.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº **10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 de ago. 2015.

BRASIL. **Código penal.** Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>> Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. >. Acesso em: 05 de ago. de 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Índice elaborado por Edson Seda. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1994.

BRASIL. **Lei nº.6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Dissolução da sociedade conjugal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 31 de ago. 2015.

DAMÁSIO, E De Jesus. **Direito penal**: parte especial. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito a diferença. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (org.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.159-174.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**: famílias. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FEIJÓ, Diogo Antônio. **Diogo Antônio Feijó, 1784-1843**. Organizador: Jorge Caldeira. São Paulo: Editora 34, 1999. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=Cx1TneeJpH0C&pg=PA4&lp g=PA4&dq=jorge+caldeira+1999+diogo+antonio+feijo&source=bl&ots=Leg3dxHp1C&sig=jitUtq0i2NaiddGnMDwL8D7u7mw&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CCIQ6AEwAWoVChMIpPnJhOHQxwIVRQyQC h2XLw77#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 02 de set. de 2015.

FREITAS, DOUGLAS PHILLIPS. Parto anônimo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. XII, n. 280, p. 16, set. de 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6

HIRECHE, Gamil Foppel. **Análise criminológica das organizações criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Gustavo Miguez. Direito fundamental à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 263-281.

MELLO, Tomás José de: **Ofício do Governador da Província ao Secretário de Estado da Marinha e Domínios Ultramarinos 11.05.1789**. Correspondência para a Corte, Cód. 2. 1789, p. 212. Ms. APEJE.

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de: **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Parto anônimo**: uma janela para a vida. IBDFAM, 30 nov. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>. Acesso em 26. jul. 2009.

PRATA, Henrique de Moraes. Aspectos jurídicos da Portinhola de bebês e do parto anônimo na Alemanha com especial consideração da tradição francesa do accouchement sous x e do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Odièvre. **Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 3, abr./maio 2008.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Fundação Edson Queiroz Universidade De Fortaleza - Unifor Centro De Ciências Jurídicas – CCJ. Fortaleza. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf> <>. Acesso em: 01 de set. de 2015.

VALDEZ, Diane. "Inocentes expostos": o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. **Interação: Rev. Fac. Educ. UFG**, v. 29, n. 1. p. 107-129, jan./jun. 2004.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador- séculos XVIII e XIX. São Paulo: Papirus, 1999.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **História das mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p.189-222.

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.