

REVISTA AVANT





**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v. 3 n. 2

Revista Avant

Periódico Científico da Graduação em Direito da UFSC
Publicação Semestral

ISSN 2526-9879

Endereço: Universidade Federal de Santa Catarina -
Campus Reitor João David Ferreira Lima -
Centro de Ciências Jurídicas - Trindade - Florianópolis
Santa Catarina - Brasil. CEP: 88040-900

Contato:
<http://revistaavant.paginas.ufsc.br/>
revistaavant.ufsc@gmail.com

Este trabalho está licenciado com uma Licença
Creative Commons - Atribuição - Não Comercial 4.0 Internacional

Os trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores e não
expressam a opinião da Equipe Editorial da Revista Avant ou da UFSC.

Revista Avant

Volume 3, nº2 - 2019

Coordenadora Científica

Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe

Alice Felisbino Miottello

Subeditora-Chefe

Carolina Pelegrino de Marcantonio

Corpo Editorial

Bruna Bessi Pereira

Cássio Sposito

Eloísa Loch de Souza

Gabriela Pinheiro

Gabriela Tavares Virtuoso

Géssica Carolina Goulart Pinto

Iara Maria Machado Lopes

Júlia Bordin Mandelli Correa

Leonardo Cristovam

Luiz Augusto Nagel Hülse

Marjorie Carvalho de Souza

Milena Barbi

Taisi Copetti

Vitória Emilia Santiago Pastro

Conselho Científico

André Soares Oliveira - UFSC

Alexandre Moraes da Rosa - UFSC

Carolina Medeiros Bahia - UFSC

Daniel Amaral Carnaúba - UFJF

Edson Kiyoshi Nacata Junior - UFMG

Gustavo Silveira Siqueira - UERJ

José Rubens Morato Leite - UFSC

José Sérgio da Silva Cristóvam - UFSC

Vera Regina Pereira de Andrade - UFSC

Talden Queiroz Farias - UFPB

Projeto Gráfico e Diagramação

Larissa Mayara Kanzaki

Caros leitores,

É com imensa satisfação e orgulho que o Corpo Editorial da Revista Avant apresenta a quinta edição da revista acadêmica do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

A publicação deste novo número é resultado, mais uma vez, do trabalho independente e resoluto de um grupo de discentes que, mesmo diante de um cenário nacional de desvalorização do desenvolvimento das ciências humanas e sociais e desincentivo à pesquisa acadêmica, mantêm-se comprometidos com o desafio de promover um espaço para o crescimento, reconhecimento e divulgação da produção cultural e científica de qualidade dos membros da graduação de diferentes faculdades brasileiras.

Nesta edição, cumprindo seu objetivo fundamental de fomentar o debate de temas relevantes para o estudo jurídico, a Avant conta com trabalhos científicos, produções artísticas e comunicações de práticas de pesquisa e extensão que são levadas à cabo em diversas instituições de ensino do país, manifestando o espaço de protagonismo ocupado pela academia para a formação de profissionais mais críticos e proativos.

Parabenizando novamente os autores, convidamos todos à leitura das próximas páginas, que são fruto da inquietação e do esforço de estudantes que se desafiaram a abandonar uma postura meramente passiva em seu processo de aprendizagem, resultando na quinta publicação deste periódico.

Desejamos a todos uma prazerosa leitura e convidamos a continuarem acompanhando nosso projeto!

Corpo Editorial da Revista Avant

SUMÁRIO

CULTURA

POEMAS

12 - O CANTO OPRIMIDO DE “BRUMARIANA”

- Moisés dos Santos Nogueira

14 - SEM TÍTULO

- Gabrielly Machado

15 - SOMOS BRASILEIROS, SOMOS HUMANOS!

-Lucas Luciano Kuhn

RESENHA DE FILME

16 - O FILME LARANJA MECÂNICA ANALISADO PELO PRISMA DO DIREITO PENAL

- Fidel Barbosa Fernandes

RESENHA DE OBRA LITERÁRIA

21 - DE VIDAS SECAS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

- Keven Kley Estrela Nunes Brandão

23 - UMA ALTERNATIVA FRENTE À IMPOSIÇÃO DA MORTE E VIDA SEVERINA: ANÁLISE DA OBRA LITERÁRIA MORTE E VIDA SEVERINA: AUTO DE NATAL, DE JOÃO CABRAL DE MELO NETO, PELO VIÉS DO DIREITO ALTERNATIVO

- Raian Mateus Castelo Branco Costa

COMUNICAÇÃO

COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA DE EXTENSÃO

28 - A PARTICIPAÇÃO DE ESTUDANTES DA UFSC NA *PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL LAW MOOT COURT COMPETITION*

- Gabriela Pinheiro, Taisi Copetti, Vitória Emilia Santiago Pastro

31 - DIREITO À SAÚDE - CONHECENDO O DIREITO DOS PACIENTES, EDUCANDO SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NAS COMUNIDADES CARENTES DE FEIRA DE SANTANA E ENTORNO: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA

- Cristiane de Almeida Santa Rosa, Edval de Oliveira Sena Junior, Renata Leão do Nascimento Santos

36 - RELATO DE AÇÕES DE EXTENSÃO DO PROJETO ‘EDUCAÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA: DIREITO DOS QUILOMBOLAS’

- Moisés Dos Santos Nogueira, Angelo Ricardo Christoffoli

COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA DE PESQUISA

41 - O (NÃO) DIREITO À MATERNIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

- Dominick Luzolo Veloso Bongo, Thiago Allisson Cardoso de Jesus

ACADÊMICA

ARTIGOS CIENTÍFICOS

48 - DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM ESTUDO COMPARADO A RESPEITO DO NOVO DESAFIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO DO BRASIL E DA UNIÃO EUROPEIA

- Victor Bambinetti Gonçalves

66 - EM NOME DA MÃE, EM NOME DO FILHO: O DIREITO À MATERNIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

- Dominick Luzolo Veloso Bongo

79 - ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL NA ADI Nº 4.439/DF: INCONSTITUCIONALIDADE E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

- Leonardo Milani Amaral

99 - O INSTITUTO DO CARTÃO DE CRÉDITO À LUZ DAS RELAÇÕES FINANCEIRA, EMPRESARIAL E CONSUMERISTA

- Gabriel Cavalcante Cortez

122 - O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO À LUZ DE MINORITY REPORT

- Keven Kley Estrela Nunes Brandão, Suzana Oliveira Cedraz, Victória Gabriela Brito Salgado

136 - PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ESPORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ACESSIBILIDADE E GARANTIAS INTERNACIONAIS

- Amanda de Paiva Lucas Araújo, Cristiane Guerin Alves

154 - RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO DURANTE A GRAVIDEZ

- Bianca Alves Fernandes

CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA

173 - O DESAMPARO AO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DO CONTRATO LOCATÍCIO REGIDO PELA LEI 8.245/1991 E AS RECENTES INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

- Alice Felisbino Miottello, Letycia Mara Lucas

179 - SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE CONSUMO QUE TÊM POR OBJETO PLANOS DE SAÚDE EM MODELO DE COPARTICIPAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 532/DF

- Áudrea Pedrollo Lago

ESTUDO DE CASO

185 - A DISPUTA JUDICIAL PELA PATENTE DO SPRAY SPUNI

- Breno Oliveira Zatiti Brasileiro, Karen Cristina Mazzeu

RESUMO CRÍTICO DE LIVRO ACADÊMICO

201 - AS ENTRELINHAS ENTRE A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA E OS LIMITES DA DEMOCRACIA NO BRASIL NA OBRA DE FLÁVIA BIROLI

- Amanda Oliveira de Sousa, Livia Maria Nascimento Silva

205 - LIÇÕES DE DIREITO A PARTIR DO CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA

- Huanna Beatriz Serra Silva

RESUMO DE MONOGRAFIA

211 - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AUTONOMIA DA VONTADE

- Polyanne Silva Neves Soares

Cultura



O CANTO OPRIMIDO DE “BRUMARIANA”

Moisés dos Santos Nogueira*

A água que a corrente leva,
Hoje a lama é quem “lava”;
Onde os peixes para a pesca era legal,
Acabou-se em mineral!

Fala-se em um povo de terra feliz,
Só a mídia é que diz;
Se ver a realidade,
Encontra só desigualdade.

As empresas, são quem lucram,
As famílias, são quem lutam;
Os peixes a sufocar,
De tanta lama agonizar!

O minério os submergiram,
Peixes que um dia existiram;
Suas lutas, são constantes,
Seus clamores, são cortantes!

As testas de “ferro” marcadas.
Dos exploradores, as chicotadas;
Seus netos se perguntarão,
Seus filhos um dia existirão?

É só na imaginação,
Que há recuperação;
De um povo maltratado,
Cujo legado se encontra no passado.

O presente é um tormento,
O futuro um desalento;
Água que era natural,
Hoje vedem mineral.

* Graduando do quinto período do Curso de Direito e pesquisador/monitor do projeto de extensão: Educação E Cultura Afro-Brasileira: Direito Dos Quilombolas, vinculado ao grupo de pesquisa, extensão e ensino (PAIDEIA), da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais (ECJS) - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) – Campus: Balneário Camboriú. E-mail: moisesfr1998@gmail.com.
LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6640849957008752>.

Se acumula o capital!
Onde se encontra o cordial?
Meu Deus, tem de misericórdia,
De tanta discórdia.

Era um povo de raiz forte,
De suas terras, foram lançados à sorte;
Os pés não possuem chão,
Só lhes resta a condição...

Permanecer aqui calado
Ou viver muito exilado,
O algoz no capital se assegura,
Outras vidas à sepultura.

Com a desgraça o verdugo está ganhando,
Ora, o desafortunado, está lacrimejando;
Eis o clamor do desabrigado,
Que está sendo mitigado.

Sim! é uma carnificina,
Distribuem estricnina;
Usam sua carapina,
Para explorar mais uma mina.

Para essa desarmonia
Existe uma melodia;
Sua cabeça é a filosofia,
Mas tem que ser com primazia,
Para alcançar a maestria.

Gabrielly Machado*

Por que o sangue da menstruação seria
mais nojento que o sangue que escorre pelas ruas?
O sangue que corre por nossas veias
E nos é arrancado
a chutes socos e xingamentos.

Por que o sangue de menstruação seria
mais nojento que
o sangue de Dandara?
(espalhado pela rua e pelas mãos de covardes)
Dandara
morta justamente por não menstruar.

* Acadêmica da segunda fase da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico: gabbie.21.gabi@gmail.com

SOMOS BRASILEIROS, SOMOS HUMANOS!

Poema

Lucas Luciano Kuhn*

Resolvi escrever esses versos como um manifesto a tudo que passamos,
sejamos acima de tudo, humanos!

O país da intolerância tá pregando tolerância, mas nunca tolerou o menino
brincar de boneca na infância

Chega até a dar ânsia, a ganância tá no comando, inconstitucionalidade se vê
até em última instância

Insegurança de quem? De você que não é, vai e volta de carro nem gasta com
locomoção

Não gosta de educação porque ela te critica, outro dia ouvi Lee Rita, Raul e o
barão

Se arma resolvesse algo a favela tava em paz, se o tiro não fosse por engano
não morreria inocente

Que é gente da gente e que queria algo a mais, mas chegou a concluir que o
chão não é quente

Caído lá na esquina, esperando a criança, guarda-chuva não é fuzil, mais um
fruto da matança

Mataram a esperança, envenenaram a pomba da paz, com discurso de falso
profeta que fala muito e pouco faz

Mas o pior que tão fazendo, contra as minhas e contra os meus, filhos da pátria
irmãos seus estão desrespeitando

Não renuncio aos meus direitos, não sou branco não sou preto, sou mestiço de
direitos, sou brasileiro sou humano

* Graduando do 4º período em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí.

E-mail: lucaskuhn@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5438410067581147>

O FILME *LARANJA MECÂNICA* ANALISADO PELO PRISMA DO DIREITO PENAL

Fidel Barbosa Fernandes*

REFERÊNCIA DA OBRA:

A CLOCKWORK Orange. Direção: Stanley Kubrick. Produção: Stanley Kubrick. Intérpretes: Malcom McDowell, Patrick Magee, Adrienne Corri, Miriam Karlim e outros. Roteiro: Stanley Kubrick. Londres: Warner Bros., 1975. (136 min), color. Produzido por Polaris Productions. Baseado na novela *A clockwork orange* de Anthony Burgess.

O filme *Laranja Mecânica* acompanha um trecho da vida de Alex DeLarge (Malcom McDowell), um jovem de classe média, líder de uma gangue de delinquentes que roubam, matam e estupram. Contudo, a sorte de Alex muda quando é preso e passa por uma série de torturas causadas pelo Estado e por pessoas que ele machucou.

A história tem como cenário um futuro distópico onde a raça humana está sujeita ao aumento da violência urbana, formação de gangues, cidades poluídas e um isolamento em mansões por parte dos mais abastados.

O impacto cultural do filme *Laranja Mecânica* foi tão grande que houveram casos relatados de pessoas que copiavam as atitudes de Alex e sua gangue.

Considerado como um filme transgressor devido ao uso de nudez e violência gráfica foi retirado de cartaz no Reino Unido, proibida no Brasil e o diretor Stanley Kubrick sofreu diversas ameaças.

Stanley Kubrick, que possui uma filmografia formada por clássicos do cinema, como *Dr. Fantástico* (1964), *2001: Uma Odisseia no Espaço* (1968) e *O Iluminado* (1980), filmes que trazem temáticas ligadas ao estudo do mal inerente ao homem e a sua relação com o poder, em *Dr. Fantástico* a paranoia da guerra e o controle de lançamentos nucleares, em *2001: Uma Odisseia no Espaço* o avanço armamentista do homem em frente a sua tecnologia e *O Iluminado* a figura paterna sofre uma inversão de valores e padece em loucura, nos deixando com o que seria a dominação tradicional definida pelo sociólogo Max Weber.

Laranja Mecânica não foge à regra, ele traz consigo diversos debates a respeito do poder do Estado, eficácia prisional e a origem da violência, temas que são de suma importância para a fundação do direito penal.

Um dos pontos centrais do filme é a prisão de Alex, pois desse ponto vemos um pouco sobre o funcionamento carcerário dentro da história do filme, o que gera um dos debates mais importantes para o direito penal, a discussão que se dá do modelo mais efetivo entre ressocialização e punição, seria mais saudável para um meio social dar um caráter punitivo aos seus detentos? Não seria esse o principal motivo para a causa do aumento da violência?

* Graduando em Direito, Faculdade Paraíso do Ceará, fidel.fernandes69@gmail.com

Ambas as perguntas têm exemplos na realidade, como no caso do Brasil onde a alta reincidência e o meio punitivo do sistema carcerário tem uma ligação direta, uma vez que, no ano de 2008, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário divulgou que a taxa de reincidência ficava entre 70% e 80%, dependendo da unidade de federação.

Além do sistema carcerário é necessário levar em conta outros fatores, tal qual o meio social que está inserido o preso, pois no Brasil, das 493.145 pessoas presas que tiveram raça, etnia e cor classificadas pelo Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), 64% são negras, o que representa quase dois terços de toda população carcerária brasileira.

Entretanto, Alex não é negro, é abastado e é bem instruído, o que nos gera uma outra pergunta relativa aos motivos que levariam Alex a cometer atrocidades, haja vista, que em uma primeira análise poderia se dizer que, de tal modo, o Estado não havia falhado em lhe assegurar os direitos básicos e os acontecimentos históricos não haviam lhe marginalizado pela cor de sua pele.

De fato, há casos de pessoas com esses aspectos que incorram de forma irresponsável, quer dizer, casos de jovens abastados que cometem delitos e saem impunes, nesse sentido realidade e ficção se misturam, contudo Alex possui características particulares que incidem além do plano psicológico, incidindo na própria característica do Estado e do meio em que vive.

Ao passar pelo tratamento experimental, conhecido como Ludovico, que consiste em fazer com que imagens de violência causem repulsa no seu corpo, Alex precisa ser testado por um corpo de jurados formado por três principais entidades ligadas a política, a igreja e ao braço armado do estado em um palco que envolve moral, justiça e sexualidade, suscitando o questionamento mais puro do filme, qual a origem da bondade? Será de total nobreza não fazer algo pelo medo? Como sucinta o padre na seguinte fala: "Escolha. Ele não tem escolha, certo? O interesse próprio, o medo da dor física levou-o a este grotesco ato de humilhação. (...) Ele deixa de ser um malfeitor, mas deixa também de ser uma criatura capaz de escolhas morais!".

Questionamento levantado pelos contratualistas, em se interpretar a real natureza do homem, o filme está mais alinhado com o pensamento de Hobbes em afirmar que os homens são mal por natureza. Contudo, Kubrick está longe de defender um estado absolutista, a real discussão não é essa.

A discussão - pelo menos no ponto de vista do direito penal - se põem na resposta dada pelo Ministro (político que investiu nesse tratamento) para o Padre: "Padre, isso são sutilezas! Não estamos preocupados com motivos, com éticas elevadas, mas apenas com a diminuição da criminalidade e com a solução para a superlotação de nossas prisões".

Nesse momento vem o engano do Ministro em acreditar na diminuição da superlotação por meios coercitivos, sendo que a prática impõe um presidio mais humano e que de tal feita diminua a reincidência criminal, como ocorre na Noruega, onde a taxa de reincidência criminal é de 20%, a mais baixa do mundo.

Posterior a taxa de reincidência vem o aumento do medo na sociedade, pois a instabilidade e a insegurança que permanece com medo de ser assaltado, estuprado e subjugado, transforma o espaço propício para que um governo autoritário cresça, como explicita os diretores do Fórum Brasileiro de Segurança Pública Sabrina Bueno e Renato Sergio de Lima:

Não é raro vermos políticos ou mesmo lideranças das organizações policiais verbalizando a máxima de que bandido bom é bandido morto. Em uma sociedade aterrorizada em que os índices de violência só crescem, é natural que discursos de ordem a qualquer custo seduzam eleitores reféns do medo. Mas para além das retóricas de gabinete, permeadas de adjetivos que pintam as ruas das cidades brasileiras como cenários de guerra, o fato é que uma política de segurança baseada no enfrentamento violento não produz nenhum resultado positivo, nem para a polícia nem para a sociedade (BUENO; LIMA, 2018, n.p).¹

Evidente dessa feita que os políticos, como é mostrado no filme, vão ter tendências de disseminar discursos que incitem um certo grau de medo á população, para que a mesma permaneça sob seu domínio e de fato, a sociedade aceita esse discurso, pois em uma crise é mais fácil acreditar em propostas imediatistas que buscam investir no medo das pessoas com seu Estado.

Ao entrelaçar essa conjectura entre poder, medo e o Estado, o filme aborda uma camada mais complexa, relativa a conjectura na qual estava exposta a sociedade em que Alex vivia, uma conjectura ligada ao olhar moral e o custo do poder, explicado pelo filósofo francês Michel Foucault em seu livro *Microfísica do poder*, no seguinte trecho:

Existe aí duas coisas: o olhar e a interiorização; no fundo, não será o problema do custo do poder? O poder, na verdade, não se exerce sem que custe alguma coisa. Existe evidentemente o custo econômico e Bentham fala sobre ele: quantos vigias serão necessários? Consequentemente, quanto a máquina custará? Mas existe também o custo propriamente político.(...) Já o olhar vai exigir muita pouca despesa. Sem necessitar de armas, violências físicas, coações materiais. Apenas um olhar. Um olhar que vigia e que cada um, sentindo-o pesar sobre si, acabará por interiorizar, a ponto de observar a si mesmo; sendo assim, cada um exercerá esta vigilância sobre e contra si mesmo. Fórmula maravilhosa: um poder contínuo e de custo afinal de contas irrisório. Quando Bentham pensa tê-la descoberto, ele pensa ser o ovo de Colombo na ordem da política, uma fórmula exatamente inversa daquela do poder monárquico. Na verdade, nas técnicas de poder desenvolvidas na época moderna, o olhar teve uma grande importância, mas, como eu disse, está longe de ser a única e mesmo a principal instrumentação colocada em prática (FOUCAULT, 2003, p. 120).

¹ Os diretores do Fórum Brasileiro de Segurança Pública Sabrina Bueno e Renato Sergio de Lima em matéria jornalística publicada em 10 de maio de 2018, para o G1.

Foucault demonstra que de fato o poder impõe diversos custos para se estabelecer, um custo ligado a permanência do Estado, mas na modernidade esse custo se viu mudado por um olhar, o olhar vigilante da moralidade.

Contudo, Alex se mostra contrário a qualquer forma de dominação moral, não se encontrando favorável a nenhum tipo de movimento, uma vez que de tal modo ele ocupa os espaços privados, tanto quando comete crimes e quando se relaciona com os outros, buscando manter, ao menos em sua gangue, o papel de líder no qual ele também exerce um tipo de poder.

Poder que lhe é custoso, em sentido político, pois ao impor seu respeito por intermédio da violência – tal qual o Estado – ele perde força e é traído por sua gangue, sendo abandonado e preso.

O olhar é um assunto tão presente no filme, que a primeira cena é um plano do olhar de Alex frente ao espectador, essa simbiose sociedade e protagonista, mais uma vez presente.

O custo do poder está ligado também ao direito penal, de modo que para manter o aporte prisional e o braço do estado, é exigido um alto custo, no Brasil se gasta anualmente 20, 47 bilhões ao ano com presídios, posterior ao custo propriamente material, também se analisa que esse meio possui uma baixa infraestrutura, na qual os presos precisam recorrer de crimes organizados para se manter de forma minimamente humana, o que aumenta a taxa da reincidência.

Por conseguinte, podemos inferir que no estado moderno é cabível uma série de pensamentos a respeito das prisões e do intuito do direito penal em se colocar como *ultima ratio*, ou seja, um último recurso, no qual deve ser levado apenas em caso extremo, confundido com um direito penal punitivo, não entendendo o complexo sistema moderno no qual estamos inseridos, gerando uma situação semelhante ao do filme, no qual temos um aumento significativo de mazelas sociais, lotação prisional e propostas imediatistas de cura, não uma utopia, na qual exista uma sociedade em que as prisões estejam extintas e os problemas sejam tratados com inteligência e a longo prazo, entretanto ao se entender a realidade, estamos mais próximos da distopia de Laranja Mecânica.

REFERÊNCIAS

WILD, Bianca. Os tipos de dominação segundo Max Weber. *Brasil Escola – Meu artigo*, [20–]. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/sociologia/os-tipos-dominacao-segundo-max-weber.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SOUZA, Isabela. 4 pontos para entender a reincidência criminal. *Politize!*, 28 abr. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/reincidencia-criminal-entenda/>. Acesso em: 19 abr. 2019.

DALAPOLA, Kaique. Negros representam dois terços da população carcerária brasileira. *R7*, 08 dez. 2017. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/negros-representam->

-dois-tercos-da-populacao-carceraria-brasileira-08122017. Acesso em: 20 abr. 2019.

BBC. *Por que a Noruega é o melhor país do mundo para ser preso*. 17 mar. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160317_priso-es_noruega_tg. Acesso em: 21 abr. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Edições Graal, 2003.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. Polícia que mata, polícia que morre. *G1*, 10 maio de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/policia-que-mata-policia-que-morre.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2019.

DE VIDAS SECAS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Keven Kley Estrela Nunes Brandão*

REFERÊNCIA DA OBRA:

RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. 129ª Ed – Rio de Janeiro: Record, 2015.

A obra *Vidas Secas* foi escrita por Graciliano Ramos, autor nordestino, que escreveu romances denúncias acerca da realidade sertaneja. Ramos aborda as condições de pobreza e ausência de políticas públicas na referenciada obra. O título é um indicativo dos aspectos desse romance. Daí tem-se que *vidas* nos diz sobre o objeto da trama, secas, por seu turno, retrata a condição de desesperança e falta de perspectiva dos personagens.

Essa é organizada em capítulos, são treze ao todo, que narram as dificuldades enfrentadas pela família, cada um deles leva o nome de um personagem ou de acontecimentos importantes para o desenrolar da história. Os personagens, Fabiano, Sinhá Vitória, seus filhos e a cadela, Baleia, passam por momentos de tristezas e alegrias limitadas enquanto fogem da seca andando na caatinga a procura de um lugar para descansar e alimento.

No que tange à estética literária, a obra é crua e dura, o autor se vale de uma linguagem objetiva sem muitos rebuscamentos, essencialmente coloquial, visto que expõe a realidade de muitos sertanejos e ilustra o que se passa com muitos brasileiros, que sem esperança de um futuro melhor, sequer aprendem a ler e a fazer cálculos.

Sinteticamente é dizer que o Ramos nos apresenta a dimensão da exploração social e política no sertão brasileiro que reverbera na introspecção dos personagens, indivíduos isolados, como sugere os capítulos independentes, sem muitas habilidades de comunicação. Além disso, ao longo do desenvolvimento da narrativa, a figura de Fabiano oscila sempre entre condição humana e animal. Somente no fim da obra o personagem mostra uma capacidade de sonhar, desviando da tendência à animalização.

Infelizmente, a situação da família de Fabiano não se restringe ao ficcionismo ainda é a mesma de muitas outras pelo sertão brasileiro e também de periferias nos grandes centros urbanos. As raízes dessa situação remontam historicamente. A ausência de políticas públicas eficientes e horizontais que garantam o acesso à educação, tanto no passado, quando da escrita do livro, quanto hoje em dia contribuem para a perpetuação deste *status quo*.

O Estado Brasileiro se preocupou tardiamente com educação. Somente na Constituição de 1988 foi enunciada como um direito social e de todos com a contribuição da família e sociedade. Nesse contexto, educação cumpre a função tripla de assegurar a realização plena do homem e inseri-lo no Estado Democrático de Direito.

* Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Extencionista voluntário no projeto “Mediação Popular e Orientação sobre Direitos”. Assessor da Presidência na JUS Consultoria Jr.

O acesso à educação é um dever constitucional e imprescindível para substancializar os princípios fundamentais da Constituição Cidadã, entre eles a dignidade da pessoa humana. Esse princípio encontra suas bases epistemológicas na filosofia kantiana, mais tarde ao escrever *Sobre a pedagogia* o filósofo prussiano alega que a educação, o pensamento racional, é o que faz o homem tornar-se homem. Ou seja, a educação é um dever instrumental intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade humana, *conditio sine qua non*.

Outro tema narrado em *Vidas Secas*, em segundo plano, é analfabetismo. Fabiano que “nunca vira uma escola” (2015, p. 35) fora privado do seu direito ao desenvolvimento pleno. Para Carlos Martins, quando é negado ao indivíduo o conhecimento a sua identidade linguística, histórico e social, o mesmo tem honra subjetiva violada, o que implica em danos a sua existência enquanto sujeito de direito.

De fato, o dever de estudar é um dos requisitos para o exercício pleno da cidadania e dos direitos fundamentais, possibilitando ao cidadão uma vida digna. Em uma das passagens do livro, o autor narra como Fabiano é explorado pelo seu patrão, mas sem saber efetuar as operações e por não dispor dos meios necessários para comprovar o erro, ele aceita submissamente o que lhe fora pago pelos seus serviços. “Com certeza havia um erro no papel do branco. Não se descobriu o erro, e Fabiano perdeu os estribos. Passar a vida inteira assim no toco, entregando o que era dele de mão beijada! Estava direito aquilo?” (2015, p. 94).

O filósofo medievo, Santo Agostinho, demonstra a importância da educação como um elemento libertador com poder de auferir ao homem instrumentos para libertar a si mesmo, nesse mesmo sentido Fernando Savater entende que cabe ao Estado oferecer um sistema educacional que possibilite a elevação do homem, em consonância com a dignidade da pessoa humana. É a educação que abre os horizontes da consciência de si mesmo, enquanto sujeito de direitos e deveres, proporcionando a formação de cidadãos plenos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. 23ª ed. Trad. de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia*. 2ª ed. Trad. de Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Editora Unimep, 1999.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Ensino Obrigatório Como Dever Fundamental No Estado Constitucional Democrático*. 2016. 342 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/28409/1/ulsd730669_td_Carlos_Martins.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. Lisboa: Editorial Presença, 1997.

UMA ALTERNATIVA FRENTE À IMPOSIÇÃO DA MORTE E VIDA SEVERINA: ANÁLISE DA OBRA LITERÁRIA *MORTE E VIDA SEVERINA: AUTO DE NATAL*, DE JOÃO CABRAL DE MELO NETO, PELO VIÉS DO DIREITO ALTERNATIVO

Raian Mateus Castelo Branco Costa*

REFERÊNCIA DA OBRA:

MELO NETO, J. C. *Morte e Vida Severina*: auto de Natal Pernambucano. São Paulo: Publifolha, 2007.

A obra de João Cabral de Melo Neto, escrita entre os anos de 1954 e 1955, “Morte e Vida Severina”, retrata, principalmente, a luta pela sobrevivência daqueles que não fazem parte da sociedade, ou por estarem completamente alheios a ela ou por terem sido excluídos dela. São os tantos “Severinos” do mundo, personificados no protagonista do auto. Essa é só a primeira alegoria de toda a obra, que consegue ser forte e sensível durante todo seu texto, trazendo problemáticas pertinentes ainda hoje que reverberam no campo do Direito, e inúmeros questionamentos acerca do papel social da ciência jurídica.

É comum que, ao assistir alguma das diversas adaptações do livro, como a versão de 2009 produzida pela TV Escola, ou ler o texto integral, o apreciador pense imediatamente na reforma agrária e na questão da distribuição de terra no Brasil. E de fato, podemos dizer que nordeste rima com seca, fome, retirante e situação degradante (para manter o tom). No entanto essa é apenas a ponta do iceberg.

O poema Morte e vida Severina, que tem como subtítulo “Auto de natal pernambucano” aborda para além dos temas regionais, diversos símbolos, cujas interpretações ajudam a entender que se trata de algo mais grandioso que simplesmente a fuga da seca: a tentativa de fuga da opressão. Nesse sentido, é primordial observarmos que no mundo existem diferentes “círculos de opressão”, essa expressão talvez seja a mais didática que eu encontro para ilustrar os espaços opressores que se somam no contexto social em que vivemos e criam cada vez mais estruturas de dominação rígidas, aparentemente imutáveis.

Os círculos consistem então em meios de se oprimir alguém ou um grupo. Por exemplo, o retirante do nordeste vive a opressão de ser retirante, e, de ser nordestino. Um retirante nordestino negro está inserido em mais um círculo de opressão que se soma aos dois primeiros, o de ser negro. Faço essa distinção inicial para entendermos que no mundo há lugares de “desprivilegio” e outros de privilégio. Os latifundiários são pessoas, na relação em que estamos estabelecendo, privilegiadas. Pode-se dizer que há assim, pessoas que sofrem mais opressão do que outras, e ainda que

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, cursa atualmente o 3º período do curso e estagia no escritório Ribas Advocacia com prática em previdenciário e processo civil.

haja pessoas que quase não sofrem opressão em detrimento das demais. No entanto, por quê? E de que forma o Direito contribuiu historicamente para estabelecer essa desigualdade? É o que pretendo responder resumidamente nesta análise.

A oposição do retirante versus latifundiário retrata um micro cosmos da realidade mundial, e mesmo da realidade setorial brasileira, em que um pequeno número de famílias detém o controle econômico sobre o país. Muitas vezes as próprias leis, ou o Direito, que deveriam assegurar justiça social e evitar que ocorresse essa discrepância, são as fomentadoras das desigualdades. Dessa forma, houve dentro dos teóricos do Direito, aqueles que não concordassem com o rumo que o Direito tomava, sempre beneficiando certo grupo em detrimento de minorias marginalizadas.

“Do desencontro entre a lei e o direito, entre códigos e justiça, nasce o direito Alternativo, que nada mais é do que a aplicação da lei em função do justo, sob a ótica do interesse social e das exigências do bem comum”, Benedito Calheiros Bomfim, definiu assim a corrente do Direito Alternativo. As primeiras menções a essa nova abordagem do Direito, originam-se da Itália, mas suas aplicações dão-se no Brasil a partir de 1990. É o também chamado Direito achado na rua, que deveria nascer diretamente dos fatos sociais e espelhar a realidade das periferias, expressão criada por Roberto Lyra Filho.

É válido ressaltar que o Direito alternativo não é contra o Direito positivado nem necessariamente burla as leis para atingir seu objetivo, apenas defende que o operador do Direito, principalmente o Juiz, que tem o poder de decidir, deve prezar sempre pela efetivação da justiça social. O ideal de justiça que muitas vezes é esquecido pode ser posto em prática valendo-se dos meios legais que lhes são dados. A dificuldade de ver o Direito alternativo em ação deve-se ao conhecimento jurídico ser um bem destinado a poucos. O Direito ainda é deveras inacessível para a maior parte da população, a parte que leva uma vida Severina, na obra um adjetivo para vida difícil, miserável, árdua e que não usufrui dos direitos básicos para ser digna. E por ficar concentrado na mão de poucos, os mesmo poderosos do sistema são os que conseguem ter seus interesses defendidos de verdade.

A denúncia social diluída nos versos do poema trata ademais da impunidade dos latifundiários, sobre o êxodo dos nordestinos para o litoral (ou para o sul do país), sobre a seca (também abordada na obra “Vidas secas” de Graciliano Ramos), a fome (expressa diversas vezes), as condições de trabalho análogo à escravidão, e para o último ato, sobre a morte, que acompanha Severino do início ao fim das 18 partes da obra, desde os funerais e as carpideiras ao agonizar do próprio Rio Capibaribe, localizado no estado de Pernambuco.

Todas as questões supracitadas não caberiam nesta análise abrangente, por isso, lanço mão de Rudolf Von Ihering, autor do livro “A luta pelo direito” ao dizer que “Quando o direito legal de uma pessoa é violado, ela é colocada frente a frente com a pergunta, se ele afirmará o seu direito, resistirá o seu oponente - isto é, entrará em uma batalha ou, para evitar isso, deixará seu direito de lado (...) em um caso, a lei é sacrificada no nome da paz, no outro, a paz é sacrificada em nome da lei”. (pág 71) para explicar o papel das lutas sociais. No trecho, aborda-se que à pessoa privada dos seus direitos, como são os Severinos, resta enfrentar o sistema em busca de

justiça, ou, abrir mão dos seus direitos, e da justiça, pela paz.

Hoje no Brasil assistimos a aura negativa que encobre os movimentos sociais como MST (Movimento dos Sem Terra) ou qualquer outro ligado aos direitos humanos, “direitos de bandidos”, como tola ou ingenuamente proferem os que se opõe a forma de luta empregada. Discurso – ideológico - massivamente repercutido pela mídia, destacando-se nesta seara o papel dos jornalísticos sensacionalistas que usam da morte para disseminar essa ideia.

Morte, para concluir a análise. Como musicalizou Luiz Gonzaga, “Bom vaqueiro nordestino / Morre sem deixar tostão / O seu nome é esquecido/ Nas quebradas do sertão/ Nunca mais ouvirão/ Seu cantar, meu irmão”, a despersonalização do humano nunca foi tão latente. O sensacionalismo como mencionei anteriormente, faz da morte sua máxima e repete exaustivamente horrendos casos durante o nosso almoço. Assim, vão-se os nomes, os rostos, e somam-se os corpos e as covas abertas e fechadas. Aumentam-se os números. Mas números não possuem rostos. E esses mortos, sim. Não só rostos, como gênero, cor, idade e condição financeira.

Um dos maiores Severinos, reverenciado no auto Morte e Vida Severina, foi Jesus cristo, que hoje entraria facilmente para as estatísticas que passam ao meio dia nos jornais. São vários os símbolos ao longo da história de João Cabral que nos remetem à história de Jesus, sua vida e morte. No entanto, o fim não passa apenas essa mórbida mensagem, passa também uma ideia de esperança. A transição final nos encaminha para a vida. Tal qual o cenário jurídico de hoje nos abre uma janela de oportunidades para novos tempos.

Em suma, a obra já imortalizada na literatura brasileira se mantém extremamente atual e necessária. Morte e vida Severina serve muito bem como retrato de uma realidade brasileira quase alegórica de tão ignorada. A biografia de muitos e muitos nordestinos. Lutar para mudar esse quadro é lutar pela vida. E novamente chegamos ao ideal de justiça dos teóricos do Direito alternativo: por um direito que enxergue os indivíduos que recorrem a ele como humanos em sua totalidade. Para que o verso “somos muitos Severinos, iguais a tudo na vida” se torne antônimo de fome, seca e miséria, e por sua vez passe a ser sinônimo de amparo e dignidade.

Comunicação



A PARTICIPAÇÃO DE ESTUDANTES DA UFSC NA PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL LAW MOOT COURT COMPETITION

Gabriela Pinheiro*
Taisi Copetti**
Vitória Emilia Santiago Pastro***

1 HISTÓRICO

A Equipe Jessup UFSC configura-se enquanto um grupo de competição composto por cinco alunos da graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e duas coaches, uma graduanda e uma mestre, sob a coordenação da Prof^a. Dr^a Cristiane Derani. A equipe foi oficialmente constituída em 2017 e em 2018 participou, pela primeira vez, de uma edição da *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*.

A Jessup é a maior competição de julgamento simulado do mundo. Atualmente em sua 60^a edição, a competição, organizada pela *International Law Students Association* (ILSA), se dá por uma simulação de um caso entre dois países fictícios perante a Corte Internacional de Justiça. Com participantes aproximadamente 680 faculdades de direito em mais de 100 países e jurisdições, ocorre em duas rodadas: uma nacional, de qualificação de times, e uma internacional, em Washington D.C, Estados Unidos.

Cada time deve enviar com cerca de dois meses de antecedência dois memoriais em inglês para a competição, um para o requerente (*Applicant*) e outro para o requerido (*Respondent*). Em tais, deve constar a argumentação fundamentada nas fontes de Direito Internacional Público, preparando as falas de acusação e de defesa que serão trazidas nas sustentações orais, também em inglês, essas que se dão nas rodadas nacionais e internacionais. Durante as rodadas orais, os times são sorteados para assumir a posição de requerente e de requerido, assumindo, assim, a postura de ambos os Estados.

Em 2018, na sua quinquagésima nona edição, a competição teve como problema o Caso Relativo ao Egart e ao Ibra entre a República Democrática Popular de Anduchenca e a República Federal de Rukaruku. Nesta, foram abordados os tópicos

* Graduanda da quarta fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro da Equipe Jessup UFSC, do grupo de estudos *Ius Gentium* e do corpo editorial da Revista Avant. Endereço eletrônico: gabriela.pinheiro19@hotmail.com.

** Graduanda da sexta fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro da Equipe Jessup UFSC e do corpo editorial da Revista Avant. Endereço eletrônico: taisi.copetti@gmail.com.

*** Graduanda da sexta fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro da Equipe Jessup UFSC, do grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional (EMAE) e do corpo editorial da Revista Avant. Endereço eletrônico: vitoriaesantiago@gmail.com.

A Equipe Jessup UFSC está online em sua página do Facebook: <https://pt-br.facebook.com/jessupufsc/>

relativos à validade dos julgamentos arbitrais interestaduais; a captura de um submarino; a potencial violação das obrigações de desarmamento nuclear e a conduta dos Estados envolvidos em guerras navais.

Em sua primeira participação a Equipe Jessup UFSC chegou até as rodadas semifinais juntamente com a Universidade Federal de São Paulo, a Universidade Federal da Bahia e a Faculdade Baiana de Direito, terminando a rodada nacional entre as quatro melhores universidades do Brasil. Por esse desempenho, a equipe foi convidada pela ILSA a participar da rodada internacional que ocorre na cidade de Washington DC, nos Estados Unidos, enquanto time de exibição.

A rodada internacional de 2018 ocorreu entre os dias 1º e 7 de abril, contando com equipes de cerca de 90 países, na qual, apesar de haver competições entre os “times de exibição” e pontuação para as equipes, não existiam etapas classificatórias. De todo modo, a equipe se destacou nas rodadas das quais participou, competindo contra as equipes da *University of World Economy and Diplomacy* (Uzbequistão), a *Peking University School of Transnational Law* (China), a *Universität Passau* (Alemanha) e a *San Beda College of Law* (Filipinas), recebendo feedbacks enriquecedores dos juízes que conduziram os rounds.

Em 2019, o debate entre os estudantes era sobre o Caso Relativo ao Kayleff Yak, entre dois Estados fictícios, o Estado de Aurok e a República de Rakkab. O caso envolvia questões de apropriação de conhecimento tradicional para fins comerciais, responsabilidade estatal pela degradação ambiental ocasionada por corporações, violações de direitos humanos em um âmbito religioso e cultural e violações da proteção de espécies ameaçadas.

A Competição *Philip C. Jessup International Law Moot Court* de 2019 teve suas rodadas nacionais entre os dias 20 e 23 de fevereiro. A equipe da Universidade Federal de Santa Catarina, composta por Carolina Lacerda Machado, Fernanda Ruy e Silva, Gabriela Pinheiro, Guilherme Boff Freda, Taisi Copetti, Thalia Pasetto Biléssimo e Vitória Emilia Santiago Pastro, competiu ao longo dos quatro dias, com estudantes da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, da Faculdade CESUSC e do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

Ao fim de uma participação exitosa, a equipe foi consagrada com o prêmio de segundo melhor memorial das rodadas nacionais, terminando a competição em quinto lugar no ranking geral. Dentre os times mais recentes, definidos como aqueles que competem na Jessup a menos de três anos, a Equipe UFSC foi a que obteve a melhor colocação no ranking geral. Em ambas participações, a Equipe UFSC contou com o apoio da *Alumni' 32*, a Associação dos Egressos da Faculdade de Direito de Santa Catarina que tem como um de seus objetivos auxiliar à Faculdade de Direito de Santa Catarina através da concessão de bolsas para projetos de extensão.

2 AMBIÇÕES

A equipe já está se preparando para a 61ª edição da Competição, que ocorrerá em 2020. Novamente, as rodadas nacionais ocorrerão em Florianópolis, mais precisamente

na Faculdade CESUSC. O caso ainda não foi lançado, mas, conforme anunciado no encerramento da rodada internacional desse ano, os tópicos do caso irão abranger litígios internacionais multi-fóruns, responsabilização de chefes de Estado por crimes de guerra, robôs assassinos e um muro!

Como objetivo para o próximo ano buscaremos nos aprofundar ainda mais no estudo do Direito Internacional e conseguir perante a Pró-Reitoria de Extensão da UFSC a institucionalização da Equipe Jessup UFSC enquanto grupo de competição e a posterior inclusão da equipe no Catálogo de Equipes de Competição (*Student Teams Catalogue*) da universidade.

DIREITO À SAÚDE – CONHECENDO O DIREITO DOS PACIENTES, EDUCANDO SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NAS COMUNIDADES CARENTES DE FEIRA DE SANTANA E ENTORNO: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA

Comunicação
de Prática
de Extensão

Cristiane de Almeida Santa Rosa*

Edval de Oliveira Sena Junior**

Renata Leão do Nascimento Santos***

O presente trabalho tem por escopo compartilhar as experiências vivenciadas pelos estudantes subscritores, no âmbito do Projeto de Extensão: Direito à Saúde – Conhecendo o direito dos pacientes, educando sobre a violência obstétrica nas comunidades carentes de Feira de Santana e entorno, desenvolvido sob a coordenação da Professora Corina Teresa Costa Rosa Santos¹, inscrito na Pró-Reitoria de Extensão (PROEX) da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), através da Resolução do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE) Nº 054/2018.

Tal compartilhamento justifica-se em razão de ser a Universidade fulcrada na tríade - ensino, pesquisa e extensão - conforme reza o artigo 207 da Constituição Federal de 1988.² De mais a mais, urge a necessidade da disposição da produção científica para além dos muros da Universidade, restando conceder materialidade às formulações teóricas construídas, de sorte que sejam observados os efeitos práticos do conhecimento gerado *intra-corporis*. Nesse sentido, preleciona Nunes e Silva (2012, p. 121):

O fortalecimento da relação universidade/sociedade prioriza a superação das condições de desigualdades e exclusão existentes. Através de projetos sociais, a universidade socializa seu conhecimento e disponibiliza seus serviços, exercendo sua responsabilidade social, ou mesmo sua missão: o compromisso com a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

¹ Professora e pesquisadora concursada da UEFS com mestrado em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, em Direito Empresarial com interface entre Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil e Social e Trabalho. Pesquisadora na área de Direitos Fundamentais - Direito à Saúde e Educação, com pesquisa em processo no tema democracia, participação e cidadania no que concerne a construção das políticas públicas.

² “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 1988).

* Graduanda do sexto semestre da UEFS, integrante do Projeto de Extensão: Direito à Saúde – Conhecendo o direito dos pacientes, educando sobre a violência obstétrica nas comunidades carentes de Feira de Santana e entorno. E-mail: wcdmedeiros@gmail.com.

** Graduando do sexto semestre da UEFS, integrante do Projeto de Extensão: Direito à Saúde – Conhecendo o direito dos pacientes, educando sobre a violência obstétrica nas comunidades carentes de Feira de Santana e entorno. E-mail: edvalsenasena@outlook.com.

*** Graduanda do sexto semestre da UEFS, integrante do Projeto de Extensão: Direito à Saúde – Conhecendo o direito dos pacientes, educando sobre a violência obstétrica nas comunidades carentes de Feira de Santana e entorno. E-mail: renataleao.ns@gmail.com.

Na mesma senda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Nº 9.394/1996) corrobora com tal entendimento, uma vez que dispõe acerca do funcionamento da educação em seus níveis de ensino e aduz como dever das Universidades a promoção das atividades de extensão, devendo esta ser aberta à população, com vistas à difusão das conquistas e benefícios oriundos das instituições. (BRASIL, 1996).

Insta mencionar que as atividades do Projeto se iniciaram em 2018 e contou com a participação de cerca de vinte acadêmicos. Para consubstanciar o desenvolvimento das atividades concernentes ao Projeto, os extensionistas foram submetidos a uma pré-formação através de encontros semanais, com a coordenadora, que ocorreram nas dependências da UEFS, tendo por fito debater e elaborar as atividades, iniciando, destarte, o cumprimento dos interesses e metas do Projeto.

Os encontros versaram sobre temas voltados aos tipos de violência presentes no cotidiano das mulheres brasileiras, sobretudo nas fases de gestação, durante o parto e no período puerperal, qual seja, a violência obstétrica, permitindo, aos extensionistas, a percepção de como as situações de gênero e de vulnerabilidade social legitimam tal quadro e obstam um tratamento digno às pessoas do sexo feminino nas instituições de saúde.

Consoante o artigo segundo da Lei Nº 17.097/2017, que dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina, a violência obstétrica configura-se como “[...] todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério.” (SANTA CATARINA, 2017).

Uma vez investidos do arcabouço teórico mínimo, necessário à imersão no campo prático, advindo das conclusões obtidas a partir das discussões e leitura de artigos científicos com dados confiáveis, oriundos de fontes respeitadas e meios seguros, a fim de resguardar a veracidade das informações, do dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência Contra as Mulheres, legislação em vigor no Brasil e outros países e dados estatísticos, os extensionistas participaram de encontros com a Comunidade, sobretudo, com mulheres de comunidades carentes do município de Feira de Santana e entorno.

Os diálogos foram pautados no combate às ressignificações culturais que culminaram no afastamento da concepção de parto como processo biológico natural para a aclimação deste como sendo uma intervenção médica programada em que “[...] a participação das mulheres [...] passa a ser marginal [...]” (BARBOZA; MOTA, 2016, p. 122), e para além disso, buscou-se a conscientização dessas mulheres acerca da imprescindibilidade do reconhecimento da posição protagonista que estas devem exercer perante o parto.

Considerando as abordagens sociais e as implicações da violência obstétrica, através das diversas práticas disseminadas nas instituições de saúde, públicas e particulares, resultantes em nocividades físicas e psicológicas para a gestante/parturiente/puérpera/neonato e até mesmo para terceiros (familiares e amigos) e constatando-se a posição dominante, no ordenamento jurídico brasileiro, concernente à

temática, os extensionistas verificaram que o posicionamento em tela carecia de um debate hialino e solidificado.

Razão pela qual os subscritores elaboraram, com o apoio e supervisão da coordenadora, uma oficina que fora realizada durante o Encontro Regional de Estudantes de Direito (ERED), que ocorreu na Universidade Federal de Alagoas (UFAL), entre os dias 11 e 14 de outubro, em Maceió, Alagoas, com vistas à avolumar esse debate.

Num primeiro momento, ocorreu a exposição de conteúdos, buscando o esclarecimento de dúvidas elementares, como conceito, categorização e conjuntura brasileira. Refletiu-se acerca das experiências de alguns países latino-americanos, *verbi gratia*, Argentina e Venezuela, que classificaram e tipificaram determinadas condutas, realizadas nos estabelecimentos de saúde, como irregulares, estabelecendo, destarte, um parâmetro para o julgamento de atos violadores da dignidade humana nos ambientes de saúde.

Em segundo plano, compôs-se uma roda de conversa, a partir da leitura de relatos de vítimas da violência obstétrica. Por fim, como último ato da oficina, fora realizada uma dinâmica que contemplou os conceitos preambularmente abordados, enaltecendo a necessidade de que os estudantes, ora participantes da oficina, saíssem, daquela atividade, como multiplicadores do conhecimento adquirido, bem como disseminadores de uma cultura de cidadania ativa no tocante à exigência, perante seus representantes no Legislativo, para a criação de normas que protejam as gestantes/parturientes/puérperas/neonatos de todo e qualquer tipo de violência institucional em âmbito nacional.

Restando por certo o reconhecimento da existência de ações violentas, dos mais variados tipos, sofridas pelas mulheres nas instituições de saúde, as extensionistas, Cristiane Santa Rosa e Renata Leão, enveredaram-se no campo da pesquisa, objetivando esmiuçar as razões pelas quais um atendimento humanizado é negligenciado às gestantes/parturientes/puérperas/neonatos nas instituições hospitalares, públicas e privadas, visando compreender a postura adotada por profissionais de saúde, perquirindo acerca de suas respectivas formações no que abrange o escasso debate acadêmico sobre o tema.

Para tanto, utilizou-se como metodologia, concomitantemente à revisão bibliográfica, a análise das respostas de interlocutores, obtidas mediante aplicação de questionário *online* disponível entre os dias 22 e 27 de setembro de 2018. A pesquisa apontou para a necessidade de expansão do debate e do tratamento dado à temática na academia com o intuito de “desnaturalizar” situações corriqueiras de abusos nos ambientes hospitalares que ecoam uma situação de vulnerabilidade de gênero latente.

Os resultados da pesquisa foram divulgados através do artigo intitulado, “Do ensino ao parto: uma análise da violência obstétrica à luz da formação acadêmica em enfermagem”, apresentado, na modalidade oral, durante a XVI Semana de Letras da UEFS, em novembro de 2018.

Todas as ações executadas sob os auspícios do Projeto em comento visaram subsidiar o enfrentamento, a resistência e a luta contramajoritária frente às desigualdades

de gênero numa sociedade imiscuída pela cultura do machismo nos mais diversos segmentos, incluídas as instituições de atendimento à saúde.

No mundo inteiro, muitas mulheres sofrem abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. Tal tratamento não apenas viola os direitos das mulheres ao cuidado respeitoso, mas também ameaça o direito à vida, à saúde, à integridade física e à não-discriminação. Razão pela qual, observa-se que tais condutas devem ser consideradas como diametralmente opostas à garantia dos direitos sociais assegurada às mulheres pela Carta Magna³ vigente, ademais, tais condutas afetam a dignidade dessas, enquanto pessoas humanas.

Inobstante a existência formal dos direitos em questão, a falta de efetividade e a desinformação tornam-se óbices para a consecução da materialização destes. A salvaguarda dos direitos fundamentais é de observância obrigatória, por parte de todos, diante de quaisquer situações, máxime nas situações de extrema vulnerabilidade, como o parto.

Há que se falar que este dever independe de fatores externos, razão pela qual, atitudes ofensivas que perpetuem o machismo, devem ser combatidas, ao passo que outras, “simplistas”, mas eficazes, a exemplo da reinclusão da mulher como personagem principal do parto, precisam ser estimuladas e ovacionadas.

Espera-se que o relato compartilhado possibilite o esclarecimento do que venha a ser a violência obstétrica e de todos os fatores biopsicossociais envolvidos, diminuindo, destarte, o obscurantismo que embarga um tratamento legal adequado e a proteção da gestante/parturiente/puérpera/neonato.

Ademais, o relato convida os leitores a exercerem o papel de agentes sociais transformadores da realidade posta, através de um trabalho de conscientização que logra não apenas defender as mulheres, mas todos os envolvidos no processo do parto, sendo esta uma árdua tarefa que cabe a todos os que primam pelo resguardo aos direitos fundamentais garantidos constitucional e legitimamente.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, L. P; MOTA, A. Violência Obstétrica: vivências de sofrimento entre gestantes do Brasil. *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*. v. 5, n. 1. Salvador: 2016. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.17267/2317-3394rpds.v5i1.847>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 9.394, de 20/12/1996*. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³ Conforme o artigo sexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2019.

NUNES, A.L. P. F.; SILVA, M. B. C. A extensão universitária no ensino superior e a sociedade. *Revista Mal-Estar e Sociedade*. Ano IV, n. 7. Barbacena: 2011. Disponível em: <<http://revista.uemg.br/index.php/malestar/article/view/60/89>> Acesso em: 30 mar. 2019.

SANTA CATARINA. *Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html>. Acesso em: 30 mar. 2019.

RELATO DE AÇÕES DE EXTENSÃO DO PROJETO 'EDUCAÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA: DIREITO DOS QUILOMBOLAS'¹

Moisés Dos Santos Nogueira*

Professor orientador: Angelo Ricardo Christoffoli**

1 DO PROJETO DE EXTENSÃO

As Comunidades Quilombolas têm a sua construção e consolidação social firmada por inúmeras problemáticas, que se encontram na dificuldade da efetivação de sua cidadania substancial, solidificação e permanência cultural, que se desestabiliza por meio da inexistência de políticas públicas eficazes e o chamado “progresso urbano”, que descaracteriza e dilacera as raízes dos grupos, assim, surge a necessidade de análise destas celeumas.

Neste prisma, o projeto está pautado no viés antropológico, com o intuito preservar os pressupostos étnicos da comunidade quilombola, uma vez que a cultura pode ser tanto material – ergologia - artefatos, bens tangíveis, construções, ferramentas, instrumentos, como também imaterial - animologia - como crenças, conhecimento, significados, valores e aptidões. O conjunto desses elementos constitui aquilo que chamamos de identidade. E a identidade o que caracteriza a etnia (COLAÇO, 2011. p. 47). Assim, preconiza-se identificar esses elementos da comunidade com o fito de projetar esse conjunto étnico no tempo, por meio de mecanismos da extensão universitária.

Outrossim, tem-se o Projeto de Extensão denominado: “Educação e Cultura Afro-Brasileira: Direito dos Quilombolas”, vinculado ao Grupo de Pesquisa, Extensão e Ensino (PAIDEIA), da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais (ECJS) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) – Campus: Balneário Camboriú. O referido projeto é desenvolvido junto aos moradores remanescentes do Quilombo do Morro do Boi, em Balneário Camboriú-SC

¹ Os autores deste ensaio atuam junto à Comunidade Quilombola situada em uma área ainda pouco urbanizada do município de Balneário Camboriú, no litoral do Estado de Santa Catarina, por intermédio do Projeto de Extensão do curso de Direito de Balneário Camboriú, denominado: “Educação e Cultura Afro-Brasileira: Direito dos quilombolas.

* Graduando do quinto período do Curso de Direito e pesquisador/monitor do projeto de extensão: Educação e Cultura Afro-Brasileira: Direito Dos Quilombolas, vinculado ao grupo de pesquisa, extensão e ensino (PAIDEIA), da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais (ECJS) - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) – Campus: Balneário Camboriú. E-mail: moisesfr1998@gmail.com. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6640849957008752>.

** Professor do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) campus Balneário Camboriú, Doutor em Administração e Turismo (UNIVALI, 2012). Coordenador do Projeto de Extensão. E-mail: cristofoliangelo@hotmail.com.

LATTES: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4702662E9>.

Ademais, o supramencionado projeto teve início no ano de 2015, sendo iniciado com outro nome, todavia pelas novas políticas e mudanças institucionais da universidade em que está vinculado, houve a necessidade de se moldar a nova realidade no ano de 2018, reestruturando-se à nova roupagem em que se encontra, estando em atividade e desenvolvimento na atualidade.

Para tanto, sua constituição se deu por iniciativa do professor Doutor Angelo Ricardo Christoffoli, com alguns colaboradores, tais como: professora Doutora Yolanda Flores e Silva e a professora Mestre Flávia Cristina Oliveira Santos. Tendo como monitor/bolsista o acadêmico, Moisés Dos Santos Nogueira.

2 DO RELATO

O presente projeto se efetiva por intermédio dos seus objetivos, são eles: a identificação e o acompanhamento das políticas governamentais que incidem sobre a comunidade: Conselhos Municipais e na Comunidade Regional; reforço a participação dos integrantes da Associação nas políticas governamentais; a identificação e o desenvolvimento de projetos para o Empoderamento Social e Econômico; a representação judicial em favor dos quilombolas nas demandas judiciais pertinentes; a compilação dos acadêmicos de Direito com a comunidade quilombola do Morro do Boi.

Para além das atividades realizadas pelo Projeto de Extensão que estão apresentadas na Tabela 1 abaixo, a seguir descrevem-se àquelas que impactaram diretamente na vida dos quilombolas, tais como: comunicações sobre a realidade da comunidade do Morro do Boi junto às instituições da região; visita técnica à outros quilombos, para que os próprios fizessem uma conexão intercultural; acompanhamento do Processo de Reconhecimento das terras pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA); Apoio para a produção das Declarações exigidas pelo INCRA para o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) (para isso participou-se de reuniões com: o Comitê Gestor da Área de Proteção Ambiental (APA da Costa Brava), com a empresa ECOLIBRA Engenharia, Projetos e Sustentabilidade (responsável pelo Plano Diretor de Balneário Camboriú), com as Secretarias Municipais que atuam no segmento: Administração, Meio-Ambiente e Planejamento).

Ação Civil Pública feita por parte do Ministério Público Federal do município de Itajaí em conjunto com a Associação Quilombola do Morro do Boi, sob a representação da professora e advogada Flávia Cristina Oliveira Santos, que teve um despacho por parte da 3ª Vara Federal de Itajaí favorável à parte demandante, que busca em juízo a indenização por ato atentatório a dignidade da justiça, uma vez que os réus: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – (IMA); UNIÃO - Advocacia Geral da União; Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – (DNIT); Município de Balneário Camboriú/SC e Autopista Litoral Sul S.A, não cumpriram com o estabelecido na reunião de conciliação, sendo responsabilizados civilmente.

A seguir são apresentadas algumas atividades que perpassam o período de existência do projeto, estas que são essenciais para a melhoria socioeconômica da comunidade em questão.

TABELA 1: ATIVIDADES DESENVOLVIDAS NO PROJETO

1 FESTA DAS CRIANÇAS- COMUNIDADE QUILOMBOLA MORRO DO BOI

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas²: 540.

2 FEIRINHA DE PRODUTOS NATURAIS DA RUA 1500 - BALNEÁRIO CAMBORIÚ- SC

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 320.

3 FEIRINHA DE ARTESANATO - COLÔNIA DE PESCADORES - BALNEÁRIO CAMBORIÚ- SC

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 320.

4 APRESENTAÇÃO DO ARTIGO CIENTÍFICO: V COLÓQUIO “DIAITA”: EM HISTÓRIA E CULTURA DA ALIMENTAÇÃO

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 210.

5 APRESENTAÇÃO DO ARTIGO CIENTÍFICO: CONFERENCIA TMS ALGARVE 2018. OLHÃO, ALGARVE - PORTUGAL

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 800.

6 PROJETO TRILHAS

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 47.

7 FESTA DE NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO - PARÓQUIA SÃO PEDRO - ITAJAÍ/SC

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 1.000.

8 VISITA TÉCNICA E PALESTRA À COMUNIDADE QUILOMBOLA DE VIDAL MARTINS - (RIO VERMELHO - FLORIANÓPOLIS - SC)

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola Morro do Boi e Comunidade de Vidal Martins. Número de pessoas atingidas: 338.

9 AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5001410-36.2018.4.04.7208/SC

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 110.

10 AÇÃO - VIII FEIJOADA DOS QUILOMBOLAS DIA 14/07/2018 - CAPELA SÃO JUDAS TADEU

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 516.

11 AÇÃO 3 - PARTICIPAÇÃO NO EVENTO DA 1ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AGENDAS GLOBAIS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - PESQUISA, ENSINO E EXTENSÃO - UNIVALI, BIGUAÇU-SC. - 05/06/2018

Discriminação da população beneficiada: Acadêmicos presentes na conferência e Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 100.

12 AÇÃO - AUDIÊNCIA NA JUSTIÇA FEDERAL - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ITAJAÍ-SC - 06/06/2018

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 40.

13 AÇÃO - PARTICIPAÇÃO NO CONCURSO FOTOGRÁFICO: “AFRODESCENDENTES NAS AMÉRICAS” - INSTITUTO DE PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS MERCOSUR - (IPPDH) - DATA: 27/03/2019

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 40.

14 AÇÃO - CONSCIENTIZAÇÃO SOBRE ALIMENTAÇÃO SUSTENTÁVEL JUNTO AO PROJETO DE EXTEN- SÃO, EDUCAÇÃO PARA TRANSFORMAÇÃO: MEIO AMBIENTE, SAÚDE E GÊNERO - PEET ITAJAÍ - 2018

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 40 pessoas da comunidade.

15 AÇÃO - ASSESSORAMENTO NA ASSEMBLEIA DA ASSOCIAÇÃO DA COMUNIDADE E NA ELEIÇÃO PARA A NOVA DIRETORIA - 2017

Discriminação da população beneficiada: Comunidade Quilombola. Número de pessoas atingidas: 40 pessoas da comunidade.

² Os números presentes na tabela correspondem à totalidade de pessoas atingidas e envolvidas nas ações desenvolvidas, são extraídos dos nossos relatórios de extensão que são enviados trimestralmente ao Núcleo de Pesquisa e Extensão (NUPEX) da Universidade do Vale do Itajaí (UNVALI).



Figura 01: Associação Quilombola do Morro do Boi e entrega de sementes 2018²



Figura 03: Visita técnica e palestra³

²A fotografia aborda, em um primeiro momento as lideranças e integrantes da comunidade Quilombola do Morro do Boi em frente a placa da Associação Quilombola, demonstra a união e a caracterização de suas raízes, uma vez que cada centímetro da placa foi confeccionado com os elementos que os representam, sendo que a imagem acentua os fatores imateriais exteriorizados pela pintura e representados por meio de seus símbolos. No segundo momento, narra o dia 06/10/2018, onde foi entregue sementes do “Cará do Ar” ao seu Altair, quilombola do Quilombola do Morro do Boi. O propósito foi tentar cultivar a semente na comunidade e vender seus frutos na feirinha de produtos naturais que eles têm, como forma de complementação à renda.

³Nesta imagem elucida-se a visita técnica e palestra que foi feito no ano de 2018 juntamente à comunidade Quilombola do Morro do Boi em Balneário Camboriú e de Vidal Martins, em Florianópolis. No dia foi abordado as problemáticas de cada comunidade, também as possíveis demandas judiciais possíveis de se fazer em favor das próprias. Assim, houve uma compilação da comunidade acadêmica com os quilombos e a conexão cultural.



Figura 04: Feirinha de artesanatos e de produtos naturais - 2018⁴

REFERÊNCIAS

COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Elementos de antropologia jurídica*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 47

⁴ A referida imagem retrata a feirinha de produtos naturais e a confecção de artesanato, ambos são elementos de consolidação cultural e empoderamento étnico, como mecanismos de auxílio econômico, de complementação de renda para os remanescentes do Quilombo do Morro do Boi.

O (NÃO) DIREITO À MATERNIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Dominick Luzolo Veloso Bongo*

Profº. Orientador: Drº Thiago Allisson Cardoso de Jesus**

Plano de Trabalho: A maternidade no sistema penal brasileiro: análise das políticas públicas voltas para a efetivação de direitos

Considerando o atual panorama do sistema penal brasileiro no que tange as prisões femininas, podem-se observar inúmeras fragilidades das políticas criminais e sociais para a diminuição das desigualdades e a reinserção social que promova a cidadania das presidiárias. Este projeto, pretendeu analisar à luz dos princípios humanitários contemporâneos, o sistema penal brasileiro a cerca da preservação do direito à maternidade das mulheres encarceradas no que tange a manutenção dos vínculos afetivos entre mãe e filho, contextualizando o olhar no fenômeno do *hiperencarceramento* brasileiro.

Tendo em vista que, por décadas as mulheres em situação de cárcere foram invisibilizadas e viviam em condições não condizentes com o disposto na Carta Magna, não sendo respeitadas as particularidades relativas ao gênero dentre elas a maternidade. Dessa forma, as situações degradantes presentes nos presídios femininos conforme dados fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen- Mulheres acabam por repassar à criança, filha da mulher presa, as condenações da mãe levando se em conta que boa parte dos crimes cometidos são de baixa periculosidade e que por vezes penas alternativas se apresentariam mais eficazes e menos prejudiciais ao analisar o caso concreto.

Diante do problema exposto, pretendeu-se também investigar os descompassos na estruturação dos estabelecimentos prisionais femininos com a Lei de Execução Penal e o plano internacional humanitário, observando a realidade brasileira, a partir da análise da mulher encarcerada e do encarceramento feminino como fenômeno complexo e historicamente construído, constatando impasses na efetivação dos direitos da mulher-mãe encarcerada.

* Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Bolsista do Programa Institucional de Voluntariado em Iniciação Científica- PIVIC/UEMA (2018-2019). Estudante-Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade-NEPPC/UEMA. E-mail: dominickluzolo@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8803817515564850>

** Advogado, inscrito na OAB Seccional Maranhão. Pós-doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS) do Rio Grande do Sul (Capes 5), sob orientação do Prof. Dr. Nereu José Giacomolli. Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2017), pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (Capes 6),. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e da graduação em Direito e pós-graduação em Ciências Criminais em Direito na Universidade Ceuma. Orientador de Iniciação Científica na Universidade CEUMA (PIBIC/CEUMA) e na Universidade Estadual do Maranhão (PIBIC/UEMA/FAPEMA). E-mail: t_allisson@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5469677786284210>

Portanto, o projeto propôs promover uma reflexão acerca da seletividade penal que influencia a contenção social como poder disciplinar, verificando questões silenciadas e perfis femininos ainda mais estigmatizados à luz dos referenciais da Criminologia Crítica.

A pesquisa é de caráter exploratório, com abordagem qualitativa e tratamento de dados estatísticos e com base na sociologia reflexiva amparada na literatura que dialoga com Bourdieu e Foucault, utilizar-se-ão de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental, análise de conteúdo e de discurso, a fim de investigar as políticas públicas que fomentam condições aos estabelecimentos prisionais para garantir a saúde e o bem-estar da mãe em situação de cárcere e de seu filho; bem como analisar, criticamente com base nos marcos teóricos da criminologia crítica contemporânea, a seletividade socioeconômica e racial do sistema penal, fruto das desigualdades historicamente experimentadas.

A partir do final da década de 30 do século passado com a construção do primeiro presídio feminino do país em Porto Alegre e a criação do Código de Processo Penal já na década de 40, foram sendo estabelecidas novas medidas para implementação de presídios voltados a mulheres que cometeram crime. No entanto esses presídios negligenciavam as particularidades relacionadas ao gênero dentre elas a maternidade. Os relatórios recentes dispõem sobre a atual condição dos presídios femininos que ainda estão distantes do previsto na Constituição Federal e pelos princípios humanitários disposto nos pactos internacionais como as Regras de Bangkok.

A equipe do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre os meses de janeiro e maio de 2018 visitou 34 estabelecimentos penais em 26 unidades da Federação, para inspecionar as condições oferecidas aos bebês que, para serem amamentados ficam com as mães em presídios e situação dos locais que abrigam mulheres privadas e liberdade grávidas ou lactantes. No que diz respeito à estrutura para os recém-nascidos, 58,82% dos locais visitados continham berçários. Todavia, apenas cinco presídios tinham pediatras para prestar atendimento às crianças. Em relação ao tempo e permanência dos bebês nas unidades prisionais constatou-se que 50% permitem a presença de recém-nascidos até os seis meses e idade, enquanto, em 11% das unidades as crianças ficam com as mães até 2 anos. Durante as visitas, encontraram 33 crianças sem Registro de Nascimento e 10 sem a vacinação adequada, 92% das crianças após o período de permanência com as mães no presídio foram encaminhadas à família de um dos genitores (BRASIL, 2018).

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2014), entre 2000 e 2014 houve um crescimento 567,4% da população feminina prisional enquanto os homens no mesmo período houve um aumento de 220,20%. No Maranhão, 314 presidiárias têm filhos de até 12 anos (BRASIL, 2018). Constatou-se também que 68% das mulheres presas são por crime de tráfico de drogas, podendo se compreender a relação entre a economia doméstica e a renda obtida pelo tráfico de droga tendo em vista que geralmente é destinado à mulher os cuidados com a casa e com os filhos e muitas vezes ela é a única responsável pelo seu sustento (BRAGA,FRANKLIN, 2016).

Conforme o Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2014), entre 2000 e 2014 houve um crescimento 567,4% da população feminina prisional enquanto os

homens no mesmo período houve um aumento de 220,20%. No Maranhão, 314 presidiárias têm filhos de até 12 anos (BRASIL, 2018).

De acordo com os últimos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2018) constatou-se que: 50% da população prisional feminina é formada por jovens entre 18 e 29 anos e que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos em comparação com 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declaram não ter filhos.

Dos crimes cometidos 62% são por Tráfico de Drogas, dessa forma, pode se compreender a estreita relação entre a economia doméstica e a renda obtida pelo tráfico de droga tendo em vista que geralmente são destinados à mulher os cuidados com a casa e com os filhos e muitas vezes ela é a única responsável pelo seu sustento (BRAGA,FRANKLIN, 2016).

No Brasil, duas em cada três mulheres presas são negras e apenas 15% das mulheres encarceradas possuem Ensino Médio. Embora 22% da população feminina seja condenada a penas inferiores a 4 anos apenas 7% das mulheres encarceradas no Brasil cumpre pena em regime aberto. Da mesma forma, temos 41% da população condenada a penas entre 4 e 8 anos e apenas 16% estão no regime semiaberto (BRASIL, 2018). Em decorrência dos dados apresentados, observa-se que o conceito de criminalidade está atrelado a um status atribuído a determinados sujeitos através de uma dupla seleção: a dos bens penalmente protegidos no tipo penal e a dos indivíduos estigmatizados no processo de criminalização, onde não são oferecidas alternativas ao sistema penal (BARATTA, 2002). Dessa forma, a intervenção estatal conflui no sentido de justificar e legitimar seu poder de punir sendo que o seu maior desafio é dar eficácia aos direitos fundamentais positivados na norma (LOPES JR, 2016).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado cada dia mais favorável a aplicação de penas alternativas para mulheres que são mães e que tenham cometido crimes que não sejam de grande periculosidade, demonstrado uma maior sensibilidade as particularidades e gênero aplicáveis ao caso concreto. Dessa forma, se mostra a importância de pesquisas a respeito do tema, de forma que possa garantir os direitos da mulher enquanto mãe e de seu filho resguardando o previsto na Constituição e nos princípios dos Direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

A primeira etapa do projeto foi realizada mediante o fomento de pesquisas para a base teórica de construção, através de estudos realizados a partir de literaturas nacionais e internacionais de fulcro sociológico, que versem acerca da criminalidade feminina em correlação ao presente objeto de estudo e do levantamento de dados oficiais disponibilizados pelo Poder Judiciário ou instituições especializadas sobre a invisibilidade das mulheres encarceradas e seus filhos e a forma como esse fenômeno tem sido conjecturado no Ordenamento Jurídico hodierno.

A segunda etapa terá como escopo a elaboração de um produto final, caracterizado por uma produção escrita, elaborada pelo bolsista integrante do projeto. Incluindo para tanto, a metodologia que melhor se adeque à forma de pesquisa empreendida durante o transcurso das fases anteriores; o substrato teórico de sustentação

e os dados trabalhados que foram obtidos por meio de questionários feitos com as presas, agentes penitenciários.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação Masculina*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão: Uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12403/2011*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol.09, nº 01, p. 349-375, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. 1ª Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Estatístico Visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade*. 1ª Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: Vade Mecum, 7.ed. atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2015

Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: Vade Mecum, 7.ed. atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2015.

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres*-Junho 2014.

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres* 2ª edição 2018.

Resolução Nº 252 de 04/09/2018. Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3546>. Acesso em: 17 de jan de 2019.

Tribunal de Justiça do Maranhão. Unidade de Monitoramento Carcerário. *Relatório de Mulheres em Privação de Liberdade e adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei*. São Luís: Janeiro 2018.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Acadêmica



DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM ESTUDO COMPARADO A RESPEITO DO NOVO DESAFIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO DO BRASIL E DA UNIÃO EUROPEIA

*THE RIGHT TO BE ALONE: A COMPARATIVE STUDY ABOUT
THE NEW CHALLENGE OF PERSONALITY RIGHTS IN BRAZIL
AND THE EUROPEAN UNION*

Victor Bambinetti Gonçalves*

Resumo: O presente artigo tem como escopo realizar um estudo comparado acerca do direito ao esquecimento no Brasil e no âmbito geral da União Europeia. A metodologia utilizada foi dedutiva, junto de um método comparativo e técnica de análise documental. Para tanto, delimitar-se-á a natureza jurídica do direito ao esquecimento e sua possível colisão com a liberdade de expressão. Após, passar-se-á expor sua base legal no ordenamento e aplicação pelos tribunais brasileiros, realizando, posteriormente, o mesmo no âmbito da comunidade europeia. Ao final, em sede de conclusão, resumir-se-á de modo comparativo o direito ao esquecimento no Brasil e na União Europeia, no qual foi possível colher um resultado que demonstra o atraso no âmbito jurídico brasileiro em relação à União Europeia.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Personalidade. Brasil. União Europeia.

Abstract: *The purpose of this article is to perform a comparative study on the right to be alone in Brazil and European Union. The methodology used was deductive, together with a comparative method and technique of documentary analysis. To this purpose, will reflect about the legal nature of the right to be alone and its possible collision with freedom of expression. Afterwards, it will begin to present its legal basis in the planning and application by the Brazilian courts, and will subsequently carry out the same in the European community. At the end, in conclusion, the right to be alone in Brazil and European Union will summarized in a comparative manner, picking up a result that demonstrates the delay in the Brazilian legal framework in relation to the European Union.*

Key-words: *The right to be alone. Personality Brazil. European Union.*

Aluno do 9ª período do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Atualmente em período de mobilidade internacional na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), na qual cursa as cadeiras de Direitos Reais, Contratos Privados, Sociologia do Poder Político e Direito do Urbanismo e Meio Ambiente. Realiza pesquisas no âmbito do Direito Civil, principalmente no que diz respeito do Direito Civil Constitucional, com artigos publicados em eventos e sites jurídicos. Endereço eletrônico: victor@fwjorge.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna encontra-se em um estado de intensa ligação. Deveras presente uma verdadeira retropia, na qual o futuro se transforma em um local de pesadelos, propiciando um temor de perder o emprego, posição social, morada, bem estar, prestígio e demais bens supérfluos. Ainda assim, é possível vislumbrar inúmeras guerras de anseios positivos e negativos entre os sujeitos deste tempo.

Esse choque aufere gradativa facilidade atualmente, tendo em vista as ferramentas proporcionadas com o positivo crescimento tecnológico, mais especificamente à internet e suas redes sociais disponibilizadas. Na verdade, sua abstrata aparência vem concedendo azo para um novo espaço público, resultando uma espécie de ágora virtual. É possível compreender com otimismo a atual situação, ante a possibilidade de proliferação de textos, dados e informações na rede, sendo um mediador essencial de inteligência coletiva da própria humanidade. Disso, depreende-se que a ferramenta teria o condão de criar um ambiente plenamente aberto para as discussões culturais, políticas e até mesmo jurídicas, corroborando com os fins da democracia.

Contudo, denota-se na era da internet e demais meios de propagação de informação, uma veemente colisão entre o direito à informação e os direitos da personalidade. Esse embate possui origem no próprio exercício da liberdade de expressão, sendo tal imprescindível em um Estado Democrático de Direito, ante sua qualidade de pressuposto para uma participação ativa do cidadão no desenvolvimento do país. O mencionado fato, no entanto, é compreensível, pois o homem é um ser social e só se desenvolverá plenamente por intermédio de sua relação com os outros em sociedade, o que por si só tem a capacidade de gerar conflitos de ordem material e imaterial.

Considerando os aspectos até aqui expostos, o presente artigo tem como escopo - a partir de um Direito Civil Constitucional ou como pondera a civilística portuguesa repersonalização do direito civil de modo a colocar a pessoa no centro da disciplina - refletir acerca da notória colisão destes direitos fundamentais, com especial atenção ao reconhecimento do direito ao esquecimento ou “direito de apagar dados” e sua situação no Brasil, bem como no âmbito da União Europeia.

2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Antes de adentrar ao conteúdo comparado, faz-se mister delimitar a natureza jurídica do direito ao esquecimento, com o intuito de deixar cristalino o raciocínio jurídico deste presente trabalho. Deste modo, será possível compreender também a tensão existente entre aquele e a liberdade de expressão.

Há autores como José Eugenio Soriano Garcia (2012, p. 207-281) que interpretam o direito ao esquecimento como uma nova espécie de direito, decorrente da sociedade da informação e deste intenso uso da internet, tal qual acentuado na introdução. Por conseguinte, seria oportuno ferramentas como a que permite o bloqueio do acesso à terceiros e apagamento de dados pessoais.

Em outro sentido, autores como Roseline Letteron (1996, p. 385-424) se amparam na tese de que o direito ao esquecimento é autônomo, ante suas características

próprias de forma a se distinguir dos demais direitos da personalidade, vez que aquele visa o desaparecimento de informações pretéritas nem sempre ligadas à vida privada.

Neste artigo, enquadrar-se-á o direito ao esquecimento como um direito da personalidade, tal qual a vida, honra e imagem. Ora, entende-se que aquele possui aspectos da própria pessoa, corroborando com os modos de ser da pessoa humana, o que por si só, na esteira de Paulo Mota Pinto (1993, p. 479-586), é suficiente para deslocá-lo para o gênero dos direitos da personalidade. Ademais, é viável perceber o direito ao esquecimento como essencial para a autodeterminação da pessoa humana.

Por conseguinte, tais quais os demais direitos da personalidade, o direito ao esquecimento é irrenunciável, absoluto e intransmissível. E, como ensina Orlando de Carvalho, são suas características a essencialidade, indissolubilidade e ilimitabilidade (2012, p. 227-230).

3 BREVE CONSIDERAÇÃO ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme depreende-se do *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal Brasileira vigente, a liberdade, junto ao direito à vida, segurança, propriedade e igualdade, constitui um conjunto de direitos fundamentais de brilhante relevância na ordem constitucional. Na constituição portuguesa a liberdade de expressão vem positivada em seu artigo 37 e seguintes.¹ Fruto de intensa guerra histórica a liberdade amplia-se com a evolução humana e, segundo José Afonso da Silva “[...] o homem torna-se cada vez mais livre na medida em que se amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais” (2018, p. 233).

O direito geral da liberdade tem como função assegurar uma proteção isenta de lacunas da liberdade e das liberdades (SARLET, 2017, p. 486). Para tanto, contém diversas formas, tal qual a liberdade de pensamento, englobando a opinião, religião, informação, artística e comunicação de conhecimento. O homem como ser social tem necessidade de se expressar, compartilhar epistemologia e cultivar relações com seus semelhantes, até mesmo de modo abusivo em determinados casos.

Para fins deste estudo, cumpre especificar a liberdade de expressão e comunicação. A respeito do tema, ensina José Afonso da Silva que:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. [...]. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação [...]. (2018, p. 245)

Portanto, o direito à informação encontra-se abarcado na própria liberdade de comunicação, sendo decorrente de um dos aspectos externos da liberdade de expressão, isto é, a liberdade de manifestação do pensamento.

¹ Importante consignar ainda que a liberdade de expressão é plenamente consagrada na maior parte dos diplomas constitucionais europeus. Exemplo disso é o artigo 20 da Constituição Espanhola vigente e artigo 2º da Constituição Francesa consagrando o lema “*liberté, égalité, fraternité*”.

Por informação entende-se o conhecimento de fatos, acontecimentos, situações de interesse geral, implicando em duas consequências lógicas jurídicas, quais sejam: a) o direito de informar, por qualquer meio de difusão; b) o direito de ser informado. Dessarte, a liberdade de informação corresponde àquela procura, acesso, percepção e propagação de informações ou ideias, independente do meio, gerando responsabilidade em caso de abuso, nos termos da lei.

Porém, evidente que o direito supramencionado não é absoluto, podendo possuir limitações diretamente previstas pelo constituinte, bem como pela colisão com outros do mesmo status jurídico (MENDES, COELHO, GONET BRANCO, 2009, p. 409). Dentre essas, se pode citar interferências a fim de propiciar o direito de resposta, bem como a compensação por dano moral. Ainda, preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem. Essas restrições contribuem de modo significativo para um personalismo e solidarismo, nos moldes do Direito Civil Constitucional, principalmente, em relação a igualdade e dignidade social (PERLINGIERI, 2007, p. 35-37).

Possível destacar três elementos básicos que a manifestação deve conter para cumprir com seu real aspecto valorativo, de modo a não conceder margem para eventual ilícito civil, quais sejam: a) veracidade; b) atualidade; c) *animus narrandi*. Esse último, caracteriza-se como uma impressão heterogênea, sem conteúdo ofensivo com a finalidade de difundir fatos verdadeiros e atuais para a sociedade em geral ou determinado público previamente estipulado.

Portanto, a honra e imagem não são lesionadas somente por fatos inverídicos, vez que não basta uma informação ser verdadeira, devendo ainda ser atual e livre de anseios pejorativos, sob pena de gerar responsabilidade a ser discriminada à luz do caso concreto. Nesse sentido, alerta Anderson Schreiber:

De fato, cumpre examinar, mesmo em se tratando de fato verídico, se foram adotadas as medidas necessárias a proteger a reputação do envolvido, sem exageros e ilações voltadas, exclusivamente, à artificial produção de escândalos ou “furos” de reportagens. Somente assim se terá a garantia de que a liberdade de informação limitou-se ao seu escopo legítimo, sem intervir indevidamente na esfera da proteção à honra da pessoa humana. (2014, p. 86).

Depreende-se então que, não obstante seja na maior parte dos diplomas aqui referidos um direito constitucional, a manifestação de pensamento, principalmente a exercida por intermédio do direito à informação, deve manter cautela e respeitar seus pressupostos e finalidades, deste modo, evitando consequências jurídicas futuras e elevando em grau máximo a liberdade de expressão.

Os direitos da personalidade são os principais alvos dos eventuais abusos cometidos no exercício externo da liberdade de expressão. Premissa *sine qua non* do Direito Civil Constitucional, àqueles foram consagrados após a ordem constitucional de 1988 no Brasil, estando presentes também no vigente Código Civil Português, elevados a direitos fundamentais, por meio de um diálogo com o princípio identidade da dignidade da pessoa humana.

Na civilística portuguesa, conforme leciona Maria Raquel Guimarães, a tutela da personalidade tem por base uma cláusula geral, estabelecida no artigo 70 do Código Civil, acolhendo, dessa forma, um direito geral da personalidade (2017, p. 4). Assim, abrangendo “todos os *atributos* inerentes ao organismo *psico-somático* (personalidade física) e à *componente ético-espiritual* (personalidade *moral*) que individualizam cada ser humano” (VARELA, 1983, p. 144).

Dentre os direitos da personalidade vislumbra-se o direito ao esquecimento, consagrado doutrinariamente na edição do Enunciado 531², da VI Jornada de Direito Civil, pelo qual se afirma que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”. No âmbito europeu, esse foi consagrado por intermédio do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Em razão disso, já passa da hora de debater o direito ao esquecimento, levando em consideração o choque entre a informação e a privacidade, sempre com uma interpretação através de um Direito Civil Constitucional.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O avanço tecnológico proporcionou inúmeras facilidades no cotidiano dos cidadãos, principalmente no que diz respeito à internet, a qual traz à baila uma capacidade quase ilimitada de armazenamento e propagação de dados. Em razão disso, imprescindível a cautelosa ponderação no seu uso, vez que não concede somente difusão de conhecimento, mas também colisão de direitos fundamentais.

Além disso, tendo em vista a constante proliferação e divulgação de dados, a internet assume a liderança como o meio de comunicação mais rentável, possuindo a preferência não somente de profissionais, mas como também de qualquer cidadão com o desejo de compartilhar fatos.

É justamente em razão disso que surge o direito ao esquecimento. Esse não consiste em apagar o passado ou reescrever a história (SCHREIBER, 2018, p. 143), mas sim naquele direito de impedir que o sujeito seja sempre identificado por intermédio daquele fato pretérito, incompatível com o que verdadeiramente é no período atual.

Originário da doutrina italiana e alemã³, nasceu na ideia de ressocialização do ex-detento, vez que, se estigmatizados como tal, dificilmente poderiam efetivamente retornar de modo digno e justo para a sociedade, divergindo integralmente do verdadeiro propósito de sua detenção por determinado lapso temporal. No Brasil, foi interpretado como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade⁴”. Todavia, tal

² O enunciado possui a seguinte justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

³ Na Alemanha se pode citar o caso Lebach I, Irniger e Lebach II, julgados nas décadas de 70, 80 e 90, em quais foram discutidos a ressocialização de apenados que já cumpriram ou que estão em vias de cumprir suas penas.

⁴ Essa interpretação deu-se a partir do seguinte julgado: STJ, 4ª Turma, Resp 1.334.097/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 28-05-2013.

epistemologia pode remeter a equívocos, levando a crer na própria patrimonialização de um direito da personalidade, quando, na verdade, por intermédio do Direito Civil Constitucional, busca-se sua despatrimonialização.

Atualmente, é possível delimitar três correntes doutrinárias tratando sobre o tema, quais sejam: a) pró-informação: não dá margem ao direito ao esquecimento, pois não consta expressamente na legislação brasileira, sendo contrário à memória e história do próprio povo; b) pró-esquecimento: o direito esquecimento além de existir, deverá prevalecer sempre, respeitando a dignidade da pessoa humana e reservando a intimidade e privacidade; c) intermediária: a Constituição brasileira não permite hierarquia entre a liberdade de informação e privacidade, sendo necessário a aplicação do método de ponderação no caso concreto (SCHEREIBER, 2018, p. 144).

Embora haja controvérsia, o direito ao esquecimento aparentemente é cristalino na atual legislação, sendo possível desvelá-lo a partir de uma mera interpretação. A expressão *in claris non fit interpretatio* tem como pressuposto que a norma seja uma unidade lógica e isolada empiricamente. Contudo, faz-se mister a utilização de um método de interpretação axiológico como superação da interpretação literal.

A norma não está sozinha, vez que exerce uma função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento pertencente (PERLINGIERI, 2007, p. 72). Nesse sentido, o Direito Civil Constitucional ensina que a interpretação deve ser lógico-sistemática e teleológica-axiológica, com o escopo de atuar com fidelidade na busca dos valores constitucionais (PERLINGIERI, 2007, p. 72). Não fosse assim, haveria uma completa desconexão entre a legislação constitucional e infra-constitucional divergindo da tutela geral de proteção da pessoa humana.

Os direitos da personalidade, fundamento máximo do Direito Civil Constitucional, são capazes de irradiar a dignidade da pessoa humana. Assim, o seu respeito se deve não somente em relação ao Estado, como a quaisquer atos privados, tais quais matérias jornalísticas. Aqueles possuem a finalidade de proteger a pessoa de interferências alheias, bem como promover a autonomia de suas decisões, deste modo, garantindo a projeção individual da vida humana. Disso compreende-se a perspectiva existencialista do vigente Código Civil, desvinculando-se de seu aspecto puramente patrimonial.

Dessa senda, nota-se a necessidade de interpretação dos artigos 20 e 21, do Código Civil Brasileiro nesse sentido. Afinal, não só neste diploma encontra-se a guarida da intimidade e privacidade, mas também no artigo 5º, X, da Constituição Federal Brasileira. A privacidade consiste no “conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito” (PEREIRA, 1980, p. 15). Por sua vez, intimidade pode ser definida como aquela esfera secreta, pessoal do cotidiano do indivíduo, permitindo a exclusão do conhecimento de outrem de quando se refira à pessoa.

Não obstante, o rol de direitos da personalidade não é taxativo, sendo plenamente possível o reconhecimento de outros posteriores. No mesmo norte, Carlos Alberto Bittar ensina que “os direitos naturais são inerentes à pessoa, e, por isso, caso o Estado não os reconheça, cabe aos indivíduos e aos grupos sociais organizados

buscarem seu reconhecimento, lutando com isso contra a violência, a injustiça e a desigualdade” (2015, p. 38).

Portanto, embora seja respeitável o posicionamento da corrente “pró-informação”, depreende-se ser cristalina a proteção da legislação no que concerne ao direito ao esquecimento. Isso porque com o desenvolvimento da rede mundial de computadores há uma ameaça à privacidade das pessoas. Como pontua José Afonso da Silva “O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, as quais ficam com sua individualidade inteiramente devassada”(2018, p. 212). E, evidentemente, a vigente Carta Magna atenta-se para essa ameaça, tutelando a privacidade das pessoas, inclusive por meio do direito de ser esquecido.

Eventual abuso no direito da informação geraria essa invasão na privacidade e intimidade do indivíduo, e, por conseguinte, daria azo para lesionar sua honra e imagem. A honra seria o conjunto de qualidades que configuram a dignidade, respeito, bom nome e reputação, sendo o direito fundamental do humano preservar essas qualidades. A imagem concerne ao aspecto físico, refletindo na personalidade moral, satisfazendo uma exigência espiritual e eminentemente moral (SILVA, 2018, p. 211).

Assim, imprescindível a consideração do direito ao esquecimento como direito da personalidade que contribui para o desenvolvimento da existência humana, coibindo preconceitos, discriminação, compensando a lesão, a honra/imagem e resguardando a privacidade/intimidade.

Contudo, afasta-se da corrente “pró-esquecimento”, pois, assim como outros direitos fundamentais, sua incidência dependerá das peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a ausência de hierarquização de normas fundamentais.

Dessarte, o “direito de estar só” ou, para o direito americano “*right to be let alone*”, ou até mesmo para o espanhol “*derecho al olvido*” tem o condão de possuir plena autonomia, sendo, de modo irrefragável, a partir de uma leitura Civil Constitucional, um direito da personalidade, apto a desenvolver o aspecto existencial na vigente legislação brasileira, embora o Marco Civil da Internet tenha sido omissivo nesse sentido.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

No âmbito geral da comunidade europeia houve recentemente a regulamentação a respeito da proteção de dados pessoais. Por meio do Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho ocorreu a revogação da pretérita Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Danos). A legislação é ainda mais recente que o Marco Civil da Internet do Brasil.

São diversos os dispositivos da legislação que remetem ao direito ao esquecimento, cabendo aqui pontuar apenas os principais.

Sua justificativa, bem como seu teor normativo permitem compreender o direito ao esquecimento na legislação. O artigo 4º, 1 do regulamento conceitua dados pessoais como:

informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Na sequência, o item 2 do mesmo artigo explana “tratamento” como:

uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.

Nesta toada, o artigo 1º, 2, é conciso ao afirmar que “O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais”. Com efeito, é cristalino a qualidade protecionista da personalidade humana, na modalidade de dados pessoais do sujeito.

Consequência disso, são os requisitos que o provedor deverá observar para justificar um compartilhamento dos dados pessoais do indivíduo de modo legítimo, o que é explanado no artigo 6º do regulamento, enunciando as condições nas quais o “tratamento” será considerado lícito. Dentre esses, importa destacar o consentimento do titular dos dados e a defesa de interesses vitais do titular ou outra pessoa singular, dessa forma, estando conexo com o fim protecionista dos direitos da personalidade.

Para finalizar a remissão à legislação, imprescindível ilustrar a secção 3 dessa, referente a retificação de dados. O artigo 17 é expresso ao prever o “direito a ser esquecido” asseverando no nº 1 que:

O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento

nos termos do artigo 21.o, n.o 2; d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente; e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.

A partir disso, não resta dúvidas acerca da existência de um direito ao esquecimento na comunidade europeia. Esse está regulado por uma legislação em âmbito geral na União Europeia, com dispositivos que não se limitam apenas a remeterem implicitamente a sua validade, mas que lhe declara expressamente, pormenorizando seus fins, alcance e pressupostos.

Denota-se, então, que o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho tratou especificamente do tema e, relaciona aquele com o próprio direito ao apagamento, vez que inserido na temática de proteção dos dados pessoais.

Outro importante aspecto é sua contemporaneidade, visto que, embora o direito ao esquecimento não seja recente, indubitável seu novo momento na era digital. Assim, evidente que o regulamento se adequa à sociedade líquida.

6 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal qual pontuado, vislumbra-se o direito esquecimento no ordenamento brasileiro a partir de uma interpretação nos moldes de um Direito Civil Constitucional. Esse, por sua vez, representa a ressignificação das categorias dos direitos fundamentais, a fim de atender às constantes mudanças da sociedade, fazendo com que o Direito Civil alcance sua vocação histórica a fim de abranger todo o povo (LOBO, 2014, p. 20).

Todavia, em razão das inúmeras ferramentas de difusão da comunicação atualmente, é constante a colisão com a liberdade de expressão, mais especificamente no que concerne ao direito à informação e a privacidade/intimidade, e, por conseguinte, honra e imagem, dificultando a aplicação do direito ao esquecimento.

Em virtude disso, faz-se mister a interpretação por intermédio de um critério de proporcionalidade e função, vez que o direito deverá existir até o ponto de não infringir outro direito igualmente fundamental de personalidade. Outrossim, a informação somente poderá ser considerada quando retratar algo que transcende a esfera do direito da pessoa representada, isto é, além da veracidade, atualidade e *animus narrandi*, observar-se-á a hipótese de irrefragável interesse público hábil em justificar a divulgação. Portanto, assim como a liberdade é um direito de todos a privacidade também deve ser, sendo, inclusive, limitadora do uso da liberdade de expressão, deste modo, protegendo a personalidade da pessoa humana.

Embora o Marco Civil da Internet⁵ tenha elencado a privacidade como disciplina do uso da internet no Brasil, não abordou especificamente a matéria do direito ao esquecimento. Contudo, da mesma forma que se extrai aquele do Código Civil à luz

⁵ Trata-se da Lei nº 12.965/2014.

de uma interpretação Civil Constitucional, imprescindível compreender a nova legislação da mesma forma.

Porém, denota-se a ausência de delimitação concreta de seu objeto, limites e critérios utilizados para sua análise na jurisprudência brasileira. Ver-se-á a omissão nas decisões na consideração do direito ao esquecimento como direito fundamental, dessa forma, sendo imprescindível a aplicação da plenitude do regime jurídico constitucional. Em síntese, a partir das decisões não é possível compreender o direito ao esquecimento como autônomo e sequer seu real âmbito de proteção.

Possível destacar dois casos paradigmas a respeito do tema, isto é, os casos da Chacina da Candelária⁶ e Aída Curi⁷, ambos com a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, outras são as semelhanças dos julgados, visto que foram julgados na mesma data, bem como dizendo respeito à episódios exibidos pelo extinto programa “Linha Direta” da emissora “TV Globo”, nos quais foram retratados a morte de Aída Curi, em 1958 e o massacre popularmente conhecido como Chacina da Candelária, no ano de 1993.

Deveras tenha importante aspecto fático não se pretende no presente trabalho narrar de modo discriminado suas circunstâncias, mas sim delimitar a *ratio decidendi*, isto é, a conjuntura fático-jurídica que motivou as decisões.

Pois bem. O recurso especial interposto no “caso Aída Curi” deve-se a seus irmãos – Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curí -, em razão da exibição do caso em 29 de abril de 2004. Aqueles sustentaram o esquecimento do caso pela sociedade com o passar dos anos, afirmando o flagelo que isso acarretaria para sua família, ante a retratação da morte e pós-morte de sua irmã, reabrindo feridas antigas, dessa forma, violando o direito ao esquecimento. Por maioria dos votos, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso.

A parte vencedora sustentou as seguintes teses para dar guarida a inexistência do dever de indenizar: a) impossibilidade de retratar o caso sem mencionar o nome de Aída Curi; b) ausência de dano moral, visto que o impedimento da liberdade de expressão seria desproporcional se comparado à dor da lembrança, tendo em vista o longo lapso temporal decorrido; c) o direito ao esquecimento não seria aplicável às vítimas, mas tão somente aos agentes praticantes do ato lembrado; d) a utilização do direito à informação foi regular, sem *animus narrandi* ofensivo à imagem de Aída Curi.

De outro norte, a parte vencida concluiu resumidamente da seguinte forma: a) a exibição do programa era desnecessária, não contribuindo com a justiça, objetivo principal do programa; b) inexistente atualidade no relato, estando, assim, ausentes um dos pressupostos do direito à informação; c) Aída era cidadã comum, sem razões para mitigar seu direito à intimidade, isto é, não era pessoa pública; d) consequência disso, é a inexistência de relevância pública e social no país, não possuindo o condão de fazer a informação prevalecer em detrimento da intimidade; e) a família havia se manifestado contra a exibição do programa.

⁶ STJ, 4ª Turma, Resp. 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013.

⁷ STJ, 4ª Turma, Resp. 1.335-153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.05.2013.

Por sua vez, o autor da interposição do recurso no caso Chacina da Candelária foi Jurandir Gomes da França, serralheiro inocentado no fato que vitimou 8 pessoas na trágica noite de 23 de julho de 1993, sendo 6 delas crianças.

O episódio no programa “Linha Direta” ocorreu em 27 de julho de 2006, sendo hábil em ligar novamente sua imagem ao massacre. Neste episódio, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça foi unânime em reconhecer o direito ao esquecimento.

No acórdão é possível colher os seguintes argumentos favoráveis: a) era possível exibir o programa sem revelar a identidade de Jurandir Gomes da França; b) o programa tinha a capacidade de ligar a imagem do inocente novamente com o fato criminoso, divergindo atualmente da sua imagem perante a sociedade; c) a exibição provocou graves consequências no seu cotidiano, forçando até mesmo a mudança de sua família do antigo local de morada, bem como trazendo impedimentos na busca de empregos; d) o autor da ação originária havia manifestado sua discordância com a reprodução dos fatos.

Dito isso, compreende-se a ausência de autonomia concedida ao direito ao esquecimento. Da fundamentação, na verdade, denota-se uma correta ponderação entre a intimidade/privacidade e o direito à informação, contudo, tendo como objeto um suposto abalo moral, decorrente de imagem e honra, isto é, sendo desconsiderado o direito da personalidade do esquecimento.

Prova disso é carência de requisitos para o pleito de direito ao esquecimento. Aspectos como lapso temporal, âmbito de proteção, titularidade da ação, critérios objetivos para ponderação, e até mesmo a existência positiva do direito ao esquecimento foram desconsiderados.

O distanciamento do concreto reconhecimento do referido tema diverge de necessidades da sociedade pós-moderna. A atual era, caracterizada pelo pluralismo, comunicação, intensa narração e retorno de preocupação com sentimentos e direitos humanos, criam uma nova forma de aplicação do Direito, deslocando a atenção para teorias jusfilosóficas (JAYME, 2013).

E, no que concerne ao direito ao esquecimento, já foi visto a possibilidade de compreendê-lo a partir do Direito Civil Constitucional, sendo imprescindível exercer uma real tutela sobre ele, estabelecendo seus requisitos, ocasiões, e, evidentemente, limites.

7 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Caso paradigma referente ao direito ao esquecimento na Europa foi o processo envolvendo o cidadão espanhol *Mario Costeja González* e a *Google Spain*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no dia 13/05/2014 (processo nº C-131/12)⁸. A resolução foi impactante no mundo jurídico e ainda gera repercussões.⁹

⁸ Consultado em 23/02/2019 em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=PT>.

⁹ Ainda se discute sua repercussão territorial. Nesse sentir, ver https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/tj-ue-discute-limites-territoriais-direito-apagar-dados?fbclid=IwAR1ic_WP0c-dvzmpn-rK99yodVyXWLDwVTPK40jN93cqpzrbR-W4KYisHmE. Consultado em 23/02/2019.

Ocorre que *Mario Costeja González*, em 1998, teve seus bens arrestados pela Segurança Social da Espanha, ante determinadas dívidas que supostamente não teria conseguido quitar. Ato contínuo, aqueles bens acabaram sendo alienados em hasta pública, sendo tal fato noticiado no jornal *“La Vanguardia”*.

Passados mais de dez anos da publicação do veículo de comunicação, a reportagem ainda era suscetível de acesso pela sociedade, o que estava agravado com a ferramenta da *google*, vez que constava como primeiro resultado no motor de buscas ao procurar seu nome.

Em virtude deste gravame, o cidadão espanhol buscou conciliar-se com o jornal *La Vanguardia* sem sucesso, sob o argumento de que a matéria seria legítima em decorrência da ordem do Ministério do Trabalho e da Seguridad Social da Espanha. Posteriormente, sua solicitação à *Google Spain* para a retirada dos seus dados do motor de busca também foi rejeitada.

Sendo assim, não restou alternativa, sendo necessário a apresentação de uma reclamação à *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, a qual era encarregada pela proteção de dados e privacidade dos cidadãos espanhóis. Por seu turno, *González* alegava que o fato pretérito já havia sido resolvido há muito, estando ausente qualquer grau de pertinência. Sob este argumento, pleiteava a eliminação dos seus dados pessoais na página, bem como a ocultação desses nos resultados de pesquisa da ferramenta de buscas da *Google*.

Aquela, por sua vez, percebeu que houve lesão de direito fundamental à proteção de dados, razão pela qual a *Google* deveria ter adotado medidas razoáveis para eliminar o resultado da busca. Não satisfeito, a *Google Spain* recorreu da decisão junto à Audiência Nacional¹⁰. Essa corte então remeteu o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, visto que envolveria a Diretiva 95/46.

A corte supra mencionada passou a analisar o caso concreto, com o intuito de proceder a interpretação dos artigos 2.º, alíneas b) e d), 4.º, n.º 1, alíneas a) e c), 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, bem como do artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Consoante interpreta-se da decisão, a *Google* defendia que a atividade de motores de buscas não poderia ser considerada um tratamento de dados, isto é, um conjunto de operações efetuadas sobre os dados pessoais. Sustentava essa tese afirmando os motores tratariam as informações acessíveis na rede em seu conjunto, sem qualquer seleção entre os dados pessoais e demais informações. Ademais, ainda alegava que, mesmo superando isso, não poderia ser considerada responsável haja vista desconhecer e não ter controle sobre os dados.

De modo divergente, *González*, governo espanhol, austríaco, polaco e italiano – que acabaram participando do processo – entendiam que a atividade efetuada pelo motor

¹⁰ Tribunal espanhol que possui jurisdição em todo o território da Espanha.

de busca consistia em um “tratamento de dados”, sendo responsável pelas suas consequências, em virtude de seu controle sobre a finalidade e os meios deste tratamento.

No mérito da decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o tratamento de dados com o fundamento de que:

ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca «recolhe» esses dados, que «recupera», «registra» e «organiza» posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, «conserva» nos seus servidores e, se for caso disso, «comunica» e «coloca à disposição» dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas. Na medida em que estas operações estão explícita e incondicionalmente referidas no artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46, devem ser qualificadas de «tratamento» na aceção desta disposição, independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais. (TJUE, p. 9)¹¹

Outrossim, a corte também reconheceu a responsabilidade do provedor com os seguintes argumentos: a) o operador de buscas determina a finalidade e os meios dessa atividade e, por conseguinte, do tratamento dos dados pessoais que ele próprio efetua; b) descartar a responsabilidade iria divergir do fim da norma, isto é, assegurar uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa; c) a atividade do motor de buscas se distingue daquele efetuado pelos editores de sítios *web*, que consistiria em fazer figurar esses dados em uma página de *web*, e acrescer ao mesmo; d) a atividade dos motores de busca tem um papel fundamental na difusão global de referidos dados.

Considerando esses argumentos restou concluído que a atividade dos motores de buscas tem o condão de afetar significativamente os direitos fundamentais à vida privada e à proteção de dados pessoais.

Para deixar cristalino o raciocínio, oportuno transcrever o ponto 80 da decisão, o qual assevera que:

A este respeito, importa, antes de mais, salientar que, como foi declarado nos n.os 36 a 38 do presente acórdão, um tratamento de dados pessoais como o que está em causa no processo principal, realizado pelo operador de um motor de busca, é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais, quando a pesquisa através desse motor seja efetuada a partir do nome de uma pessoa singular, uma vez que o referido tratamento permite a qualquer internauta obter, com a lista de resultados, uma visão global estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, respeitantes, potencialmente,

¹¹ Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=PT>, Acesso em 23/03/2019.

a numerosos aspetos da sua vida privada e que, sem o referido motor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas, e, deste modo, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa. Além disso, o efeito de ingerência nos referidos direitos da pessoa em causa é multiplicado devido ao importante papel desempenhado pela Internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem caráter de ubiquidade às informações contidas numa lista de resultados deste tipo (v., neste sentido, acórdão eDate Advertising e o., C-509/09 e C-161/10, EU:C:2011:685, n.º 45). (TJUE, p. 16).¹²

No teor da decisão ainda foi destacado a limitação em casos deste jaez, especificamente no que diz respeito a pessoas de vida pública, não dirimindo dúvidas que tudo dependerá do caso concreto e, obviamente, será avaliada a *ratio decidendi* a ser aplicada.

Dessarte, compreendeu-se pela tese do cidadão espanhol, isto é, que esse teria o direito de ver suprimido a ligação de seus dados pessoais com os resultados do motor de buscar, até porque sequer haveria um interesse preponderante do público em ter acesso a essas informações no âmbito da pesquisa.

Assim, o Tribunal da justiça da União Europeia bateu o martelo favorável ao direito ao esquecimento da seguinte forma:

Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à referida informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. (TJUE, p. 19).¹³

Evidente que após esta decisão paradigma a Google recebeu inúmeros pleitos de remoção de ligações na internet. Após a fundamentação histórica, o cidadão poderia exigir o direito de ser esquecido pelo motor de pesquisa após um pedido expresso, desde que seus dados pessoais constem na lista de resultados por meio de pesquisa realizada por determinados termos, tal qual o próprio nome.

Desta forma, está disponível na internet o denominado “Pedido de remoção de pesquisa ao abrigo da lei de proteção na Europa”¹⁴. Irrefragável que o pleito deverá ser motivado, ou seja, conter suficientes razões para justificar a prevalência do direito ao esquecimento, vez que, consoante já reiterado neste artigo, não se trata de direito da personalidade absoluto.

¹² Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=PT>, Acesso em 23/03/2019.

¹³ Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=PT>, Acesso em 23/03/2019.

¹⁴ Disponível em: https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt

8 UMA CONCLUSÃO COMPARATIVA

Após a breve exposição da atual situação jurídica do direito ao esquecimento no Brasil e na União Europeia, faz-se mister a concluir o presente trabalho. Restou compreendido que com a chega da sociedade pós-moderna o Direito deve possuir uma atuação jusfilosófica, analisando os desafios advindos daquela por meio de um diálogo com outras ciências.

O século XXI possui, além de uma evolução indubitável da tecnologia, uma parte escura, tal qual o século XX. Se neste destacou-se o período das duas grandes guerras, revolução russa e posteriormente a guerra fria, naquele acentua-se uma intensa guerra virtual de fracos laços sociais, os quais geram conflitos entre direitos fundamentais que tanto demoraram a se consagrar.

Contudo, ainda assim não se pode olvidar da possibilidade de uma recuperação da humanidade. Neste contexto, importante trazer à baila a atual situação do direito ao esquecimento, tanto seu âmbito jurídico como sua concreta aplicação pelos tribunais. Nesse artigo optou-se por expor o momento atual daquele direito da personalidade no Brasil e na União Europeia. A partir disso foi possível observar situações extremamente divergentes, nas duas órbitas, ou seja, posituação e aplicação do direito ao esquecimento.

Deveras tenha entrado em vigor recentemente o Marco Civil da Internet no Brasil¹⁵, ainda não há posituação do direito ao esquecimento, o que teria o condão de torná-lo irrefragável. Isso, por si só, concede argumentos sustentáveis para opor-se a sua existência, em razão da omissão legislativa.

Não obstante, o objeto do artigo presente pode ser compreendido à luz de uma interpretação teológica-axiológica à luz de um Direito Civil Constitucional, sendo necessário ler os artigos 20 e 21, do Código Civil em conjunto com a intimidade, privacidade e a própria dignidade da pessoa humana, amplamente consagradas pela Constituição Federal vigente.

Em virtude disso, nota-se a faculdade que dispõe o titular de um fato pessoal de obter a remoção de dados divulgados, primando pela sua opção de ser esquecido, caracterizando, dessa forma, sua autonomia em relação a outros direitos da personalidade, referindo-se a fatos antigos que devem ser esquecidos.

Já no âmbito da União Europeia, a situação é divergente no que tange a segurança jurídica, tendo em vista sua posituação no Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, mais especificamente em seu artigo 17, o qual estabelece um rol de situações nas quais o indivíduo deve se enquadrar para justificar o direito ao esquecimento. Dessa forma, possível afirmar que, atualmente, o direito ao esquecimento é indubitável na União Europeia.

Com relação a sua aplicação, encontra-se semelhanças nos diferentes países no que diz respeito ao seu reconhecimento, isto é, há decisões paradigmas que reconhecem, de fato, o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico.

¹⁵ Novamente cita-se a Lei 12.695/2014.

No Brasil, isso deu-se com duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, referentes à Chacina da Candelária e o caso Aída Curi. Ambos foram julgados no mesmo dia e com o mesmo relator. Contudo, apenas no primeiro caso restou reconhecido o direito ao esquecimento como prevalente sobre a liberdade de expressão na sua modalidade de direito à informação.

Todavia, consoante exposto neste texto, os acórdãos possuem divergências didáticas, não possuindo um método de ponderação objetivo, com a real delimitação da natureza jurídica do direito ao esquecimento. Isso muito se deve à ausência de legislação específica sobre o tema, o que certamente impediria eventuais solipsismos jurídicos.

Na Europa, o presente artigo utilizou como base a decisão paradigma do Tribunal da União Europeia que cuidou da ação originária da Espanha envolvendo *Mario Costeja González* e a *Google Spain*.

A corte entendeu pela procedência do pleito do cidadão espanhol pelas relações já expostas, com fundamento na revogada Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, a qual foi substituída pelo atualizado Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.

Dessarte, pode-se perceber que tanto a legislação quanto a jurisprudência da comunidade europeia está mais avançada que a brasileira no que concerne ao direito ao esquecimento. Seus motivos, deveras simples, são fundamentais, ou seja, uma positivação do direito ao esquecimento e uma decisão firme do Tribunal da Justiça da União Europeia em um caso que gerou consequências no mundo jurídico. Afinal, fez com que a gigante Google produzisse até mesmo um formulário online do pedido de apagamento de dados.

Os casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça relatados neste artigo estão em sede de julgamento no Supremo Tribunal Federal do Brasil, grau máximo de jurisdição constitucional do país. Com efeito, poder-se-á ter novidade a respeito do direito ao esquecimento em breve, e pacífica, vez que aquela corte concedeu repercussão geral ao processo.¹⁶

Espera-se a adoção de critérios mais objetivos pela corte e que seja posto fim às dúvidas sobre a existência do direito ao esquecimento no Brasil. Contudo, ainda assim a legislação do tema é indispensável, tendo em vista que a utilização da ponderação pode dar azo para decisões pragmáticas, não promovendo a resolução efetiva e qualitativa de flagelos apresentados pela concretude do direito. Afinal, cuida-se de direitos igualmente fundamentais, devendo o direito ao esquecimento ser tratado com cautela, impedindo que lesione outros valores fundamentais.

Portanto, ainda é distante a situação do tratamento do direito ao esquecimento entre o Brasil e a comunidade europeia. Todavia, restou cristalino que possuem semelhanças, podendo os ordenamentos dialogarem para a construção pacífica do tema.

¹⁶ Trata-se do ARE 833248 RG/RJ.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Bauman sobre Bauman: Diálogos com Keith Tester*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar. 2011;

_____. *Retropia*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro. Zahar. 2017;

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015;

CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra. Coimbra Editora. 2012;

GUIMARÃES, Maria Raquel. *A tutela da pessoa e de sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística questões actuais*. XX Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP. Vol 2. 2017;

LETTERON, Roseline. *Le droit à l'oubli*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger. 1996;

LOBO, Paulo, *Metodologia do Direito Civil Constitucional*, pp. 20, in *Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais no Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*, TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, LOBO, Paulo (Coord).;

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª. Ed. São Paulo., Saraiva. 2009;

MOTA PINTO, Paulo. *O Direito sobre a Reserva da Intimidade da Vida Privada*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXIX. 1993;

OLIVEIRA, João Gonçalo Moreira (2015) . *A tutela da personalidade e o direito ao esquecimento na sociedade de informação*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade do Porto;

PEREIRA, J. Matos, *Direito de Informação*, Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª.ed. São Paulo. Saraiva. 2017;

SCHREIBER, Anderson, *Direitos da Personalidade*, 3ª edição, Atlas, São Paulo, 2014;

_____. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo. Saraiva. 2018;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41ª. Ed. São Paulo. Malheiros. 2018;

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho al olvido y la creación de derecho*. Galileu Revista de Economía e Direito. 2012. Vol. XVII, n. 1 e 2;

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ªed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014.

VARELA, Antunes. *Alterações legislativas do direito ao nome*. in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 116, nº 3710, 1 de Setembro de 1983.

EM NOME DA MÃE, EM NOME DO FILHO: O DIREITO À MATERNIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

*ON BEHALF ON THE MOTHER, IN THE NAME OF THE SON:
THE RIGHT TO THE MATERNITY OF WOMEN IMPRISONED IN
THE BRAZILIAN PENAL SYSTEM.*

Dominick Luzolo Veloso Bongo*

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar as possíveis violações aos direitos e garantias fundamentais perpetradas pelos estabelecimentos prisionais que não cumprem o disposto na Lei de Execução Penal através de uma análise jurídica e sociológica. A constituição brasileira afirma que nenhuma pena deve passar da pessoa do condenado, dessa forma a não efetivação do direito ao exercício pleno a maternidade seria uma forma de transferir à criança a pena de sua mãe. Tendo em vista que, muitas vezes, a mulher é a única responsável pela manutenção da casa e que historicamente tem sido tomada como regra a ótica masculina no contexto prisional com prevalência de serviços e políticas penais voltadas para os homens não levando em consideração as inúmeras subjetividades e diversidades que compreendem a realidade feminina. Observar-se-á além do previsto na Constituição Federal e da Lei de Execução Penal, o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente levando-se em consideração o direito dos filhos das presidiárias. Em conjunto com as inquiuições teóricas haverá a análise jurisprudencial no que tange as possibilidades de prisão domiciliar para aquelas que cometeram crimes de menor potencial ofensivo fazendo uma análise à luz do plano internacional humanitário como as Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas voltadas para o tratamento das mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Palavras-chave: Maternidade. Execução Penal. Direito Penal.

Abstract: *This article proposes to investigate possible violations of the fundamental rights and guarantees perpetrated by prisons that do not comply with the provisions of the Criminal Enforcement Law through legal and sociological analysis. The Brazilian constitution affirms that no punishment must pass from the person of the condemned, so that not exercising the right to full exercise of maternity would be a way of transferring the child to the mother. In view of the fact that the woman is often responsible for the maintenance of the house and that the men's perspective in the prison context has historically been taken as a rule, with a prevalence of criminal services and policies directed towards men, not taking into account the innumerable subjectivities and diversities which comprise the female reality. Observe in addition to the provisions of the Federal Constitution and the Criminal Law and Enforcement, which establishes the*

* Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão- UEMA. Bolsista do Programa Institucional Voluntário de Iniciação Científica- PIVIC/UEMA (2018-2019). Estudante-Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade-NEPPC/UEMA.
E-mail: dominickluzolo@hotmail.com. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8803817515564850>

Statute of the Child and Adolescent taking into consideration the children's rights of prisoners. In conjunction with the theoretical inquiries will be the jurisprudential analysis regarding the possibilities of home arrest for those who committed crimes of less offensive potential by making an analysis in the light of the international humanitarian plan such as the Bangkok Rules - United Nations Rules for Treatment of women prisoners and non-custodial measures for women offenders.

Keywords: *Maternity. Penal execution. Criminal Law.*

1 INTRODUÇÃO

Considerando o atual panorama do sistema penal brasileiro no que tange as prisões femininas, podem-se observar inúmeras fragilidades das políticas criminais e sociais para a diminuição das desigualdades e a reinserção social que promova a cidadania das presidiárias. Neste artigo, pretende-se analisar à luz dos princípios humanitários contemporâneos, o sistema penal brasileiro a cerca da preservação do direito à maternidade das mulheres encarceradas no que tange a manutenção dos vínculos afetivos entre mãe e filho, contextualizando o olhar no fenômeno do *hiperencarceramento* brasileiro.

Tendo em vista que, por décadas as mulheres em situação de cárcere foram invisibilizadas e viviam em condições não condizentes com o disposto na Carta Magna, não sendo respeitadas as particularidades relativas ao gênero dentre elas a maternidade. Dessa forma, as situações degradantes presentes nos presídios femininos conforme dados fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen- Mulheres acabam por repassar à criança, filha da mulher presa, as condenações da mãe levando se em conta que boa parte dos crimes cometidos são de baixa periculosidade e que por vezes penas alternativas se apresentariam mais eficazes e menos prejudiciais ao analisar o caso concreto.

Diante do exposto, o presente trabalho pretende investigar os descompassos na estruturação dos estabelecimentos prisionais femininos com a Lei de Execução Penal e o plano internacional humanitário, observando a realidade brasileira, a partir da análise da mulher encarcerada e do encarceramento feminino como fenômeno complexo e historicamente construído, constatando impasses na efetivação dos direitos da mulher-mãe encarcerada.

A pesquisa é de caráter exploratório, com abordagem qualitativa e tratamento de dados estatísticos e com base na sociologia reflexiva amparada na literatura que dialoga com Bourdieu e Foucault, utilizar-se-ão de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental, análise de conteúdo e de discurso, a fim de investigar as políticas públicas que fomentam condições aos estabelecimentos prisionais para garantir a saúde e o bem-estar da mãe em situação de cárcere e de seu filho.

2 ENCARCERAMENTO FEMININO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIOPOLÍTICA DO FENÔMENO NA REALIDADE BRASILEIRA

Na década de 1920 o então penitenciário José Gabriel de Lemos Brito ordenado pelo Ministro da Justiça, desenvolveu uma extensa pesquisa sobre o panorama

do encarcerado no Brasil publicado na Imprensa Oficial. Posteriormente em 1928, Cândido Mendes de Almeida Filho que na ocasião era presidente do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, publicou um relatório intitulado *As mulheres criminosas no centro mais populoso do Brasil*. Em ambas as pesquisas, constatou-se que as mulheres que cometiam algum delito, cumpriam sua pena nas cadeias públicas ou em celas adaptadas nos presídios masculinos (SANTOS; SANTOS, 2014). Outro dado de suma importância trazido a respeito do teor dos relatórios elaborados pelo Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro, é que este dava grande ênfase aos valores de cunho moral distinguindo presas comuns condenadas por crimes como aborto e infanticídio daquelas relacionadas à prostituição, embriaguez e vadiagem. (SANTA RITA, 2006).

Nesse sentido, os estudos acerca da criminalidade feminina eram direcionados à obtenção de meios que a separassem dos homens não para preservar seus direitos e sim porque a presença feminina provocava um sentimento de martírio aos homens sentenciados em relação à abstinência forçada em que eles estavam sendo submetidos (SANTA RITA, 2006).

O Código Criminal do Império de 1830 dispunha em seus dispositivos legais sobre separação por sexo e impediam que as mulheres fossem julgadas grávidas assim como não permitia o seu serviço às galés. Em seguida, o Código Penal de 1890 aboliu os castigos corporais, no entanto, não menciona o cárcere específico para as mulheres. Em 1940, com a publicação do Decreto-Lei 2848 tornou-se obrigatório o cumprimento em estabelecimento especial para mulheres infratoras e na falta deste, uma seção adequada na penitenciária masculina. O Código de Processo Penal passou a vigorar em 1941 e reiterou a obrigatoriedade de uma prisão específica para mulher para que cumprissem uma função de abrigo e ressocialização das presas pautadas nos valores religiosos e morais (SANTOS; SANTOS, 2014):

Fica claro, então, que nos postulados a origem as prisões femininas brasileiras, havia a intenção por parte da gestão prisional de domesticação, vigilância sexual e transformação das mulheres pecadoras e “criminosas” em “mulheres perfeitas”, reproduzindo, assim, a ótica dominante da moral e dos bons costumes, com a mulher sendo ligada ao mundo doméstico, caridoso, pacífico e dócil (SANTA RITA, 2006, p. 35).

A Penitenciária Madre Pelletier, de Porto Alegre, foi a primeira penitenciária do país, fundada em 1937 por freiras da Igreja Católica. Assim, de acordo com Nana Queiroz autora da obra *Presos que Menstruam: A brutal Vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*:

O processo de criação deste piloto, porém, foi muito longe do ideal. Liderado pela Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor, irmandade religiosa fundada em 1835 por Maria Eufrásia Pelletier, com sede em Angers (França), o presídio nasceu com o nome Instituto Feminino de Readaptação Social. Era uma casa destinada a criminosas, mas também a prostitutas, moradoras de rua e mulheres “desajustadas”. E “desajustadas”, naquela época, podia significar uma série de coisas muito distantes

do desajuste. Eram mandadas para lá, por exemplo, mulheres “metidas a ter opinião”, moças que se recusavam a casar com os pretendentes escolhidos pelos pais ou até “encalhadas” que, por falta de destreza nas tarefas do lar, tinham dificuldades em arrumar marido (QUEIROZ, 2015, p. 73).

As primeiras prisões femininas empregaram um formato pautado no resgate de elementos que fossem típicos do universo feminino em que a criminalidade feminina era vista como um desvio a ser tratado pela religiosidade em busca do resgate do ideal feminino. Tal abordagem é relatada na visão de Foucault em *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*:

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadri-
nha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política” que o
desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também
igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define
como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simples-
mente para que façam o que se quer, mas para que operem como
se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se
determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exer-
citados corpos dóceis. A disciplina aumenta as forças do corpo
(em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas
forças (em termos políticos de obediência). (2007, p. 119).

Quando as mulheres passaram a cometer crimes de maior periculosidade e ficou mais difícil manter a segurança, as freiras entregaram o presídio à Secretaria de Justiça, continuando, porém, na direção por alguns anos. Durante o período do regime militar, em um pavilhão com quatro celas ao fundo da penitenciária, escondiam presas políticas que eram constantemente torturadas de acordo com o Comitê de Memória e Verdade do Rio Grande do Sul de 2012 (QUEIROZ, 2015). Somente em 1984 surgiu a Lei 7210, Lei de Execuções Penais dispondo sobre as medidas que deveriam ser aplicadas aos encarcerados. (SANTOS; SANTOS, 2014).

3 O PERFIL SOCIOECONÔMICO DAS MULHERES PRESAS NO PAÍS E A INFLUÊNCIA DA ESCOLA POSITIVISTA DA CRIMINOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE CRIMINALIDADE FEMININA

Diversas teorias científicas foram utilizadas ao longo da história para legitimar a desigual distribuição dos atributos criminais. Dentre elas está a Escola Positivista, que surgiu no final do século XIX e início do XX, contrapondo-se a Escola Clássica vigente até aquele momento. A Escola Clássica era baseada nos ideais humanistas em que o enfoque era a compreensão do delito como ente jurídico presumido em lei, cuja violação do direito consistia também na violação do pacto social, atribuindo responsabilidade moral ao criminoso, que possuía livre arbítrio para a escolha ou não de cometer crimes. A pena, nesse sentido, servia de exemplo para evitar novos crimes. Um de seus precursores é Cesare Beccaria com a obra *Dos delitos e das penas* de 1764 (BARROS FILHO, 2013).

Ainda, de acordo com BARROS FILHO (2013), a Escola Positivista surgiu como resposta à incapacidade da Escola Clássica de atender as demandas sociais perante

a criminalidade, em que se via necessária uma intervenção estatal para prevenir diretamente antes que o delito acontecesse, buscando as causas da criminalidade na personalidade do criminoso, o qual possuía influências bioantropológicas que o tornavam predisposto a cometer crime. Desta feita, a polícia era incumbida de assumir a tarefa de exercer a vigilância sobre os indivíduos virtualmente perigosos.

Tendo como base as características das mulheres consideradas “normais”, autores da Escola Positivista da Criminologia como Lombroso em sua obra *A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal* de 1893, classificaram as condutas consideradas desviantes como aquelas compostas por mulheres com perfis que se enquadravam com as prostitutas e criminosas. Essas mulheres eram divididas em três categorias: **as criminosas natas**, que constituíam aquelas que possuíam características mais degenerativas, com comportamentos violentos que se aproximavam ao dos homens; **as criminosas por ocasião**, que apesar e possuírem características femininas, as apresentava de forma dissimulada demonstrado em graus variados, tendências delituosas e por último **as criminosas por paixão** que agem de acordo com a intensidade de suas paixões (FRANÇA, 2014). A criminalidade feminina era considerada como um desvio degenerativo de conduta relacionada a determinados tipos de mulheres que possuem características determinantes tanto físicas quanto biopsicológicas que a predispõe a criminalidade.

Dessa forma, foi sendo construído um processo de invisibilidade perante a criminalidade feminina destituindo-a dessa forma de direitos relacionados as suas particularidades, em estruturas socialmente construídas pela ótica dos homens. Assim, como dispõe Bourdieu em *A dominação masculina*:

A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social que confere aos homens a melhor parte . Por conseguinte, a representação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social se vê investida da objetividade do senso comum . E as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica.” (BOURDIEU, 2002, p. 45).

O crescimento da população feminina no cárcere é um fenômeno recente e revela a necessidade de pesquisas que considerem a perspectiva de gênero no sistema penal, garantindo que não haja a invisibilidade das mulheres presas no que tange as suas necessidades e direitos (FRANÇA, 2014). Conforme o Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2014), entre 2000 e 2014 houve um crescimento de 567,4% da população feminina prisional enquanto os homens no mesmo período houve um aumento de 220,20%. No Maranhão, 314 presidiárias têm filhos de até 12 anos (BRASIL, 2018).

De acordo com os últimos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2018) constatou-se que: 50% da população prisional feminina é

formada por jovens entre 18 e 29 anos e que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos em comparação com 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declaram não ter filhos.

Dos crimes cometidos 62% são por Tráfico de Drogas, dessa forma, pode se compreender a estreita relação entre a economia doméstica e a renda obtida pelo tráfico de droga tendo em vista que geralmente são destinados à mulher os cuidados com a casa e com os filhos e muitas vezes ela é a única responsável pelo seu sustento (BRAGA,FRANKLIN, 2016).

No Brasil, duas em cada três mulheres presas são negras e apenas 15% das mulheres encarceradas possuem Ensino Médio. Embora 22% da população feminina seja condenada a penas inferiores a 4 anos apenas 7% das mulheres encarceradas no Brasil cumpre pena em regime aberto. Da mesma forma, temos 41% da população condenada a penas entre 4 e 8 anos e apenas 16% estão no regime semiaberto (BRASIL, 2018). Em decorrência dos dados apresentados, observa-se que o conceito de criminalidade está atrelado a um status atribuído a determinados sujeitos através de uma dupla seleção: a dos bens penalmente protegidos no tipo penal e a dos indivíduos estigmatizados no processo de criminalização, onde não são oferecidas alternativas ao sistema penal (BARATTA, 2002). Deste modo, a intervenção estatal conflui no sentido de justificar e legitimar seu poder de punir sendo que o seu maior desafio é dar eficácia aos direitos fundamentais positivados na norma (LOPES JR, 2016).

4 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E HUMANITÁRIO ACERCA DO DIREITO A MATERNIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS

A Constituição Federal Brasileira no seu artigo 5º, inciso L garante à mulher encarcerada o direito ao exercício pleno da maternidade em condições que lhe assegurem a saúde e o bem-estar durante o período da amamentação. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 9º reitera que o Poder Público deverá propiciar condições adequadas ao aleitamento materno inclusive aos filhos de mães que cumprem penas privativas de liberdade. O inciso XLV do artigo 5º da Carta Magna, afirma que nenhuma pena deve passar da pessoa do condenado, dessa forma a não efetivação do direito ao exercício pleno a maternidade seria uma forma de transferir à criança a pena de sua mãe. Também nesta seara a Lei de Execução Penal em seus artigos 83 §2º e 89 dispõem que os estabelecimentos penais voltados a mulheres devem ser dotados além de uma seção voltada para a gestante e a parturiente também de berçários e creches para crianças menores de 7 anos em condição de desamparo. No entanto, no levantamento feito em 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional, o primeiro exclusivamente voltado às mulheres em situação de cárcere, foi demonstrado a inadequação do sistema no que tange à garantia destes direitos. Constatou-se que apenas 34%, dos estabelecimentos femininos brasileiros possuíam de cela ou dormitório destinado especialmente às gestantes; apenas 32% possuem berçário e somente 5% dispõe de creches (BRASIL, 2014).

A Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) trouxe uma inovação no que tange os direitos a maternidade no cárcere, no artigo 318 do Código de Processo Penal passando a prever a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a agente for gestante, mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos,

ou homem caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos (SPÍNDOLA, 2016):

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I- maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV- gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Já a lei 13.434/2017 passou a acrescentar ao parágrafo único do art. 292 do Código de Processo Penal a vedação ao uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato. (Redação dada pela Lei nº 13.434, de 2017).

O principal marco normativo a discutir a temática da prisão feminina e suas subjetividades são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas voltadas para o tratamento das mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas regras trazem uma nova ótica sobre as especificidades de gênero no que tange o encarceramento feminino tanto no que diz respeito à execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade. No entanto, apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o presente momento não foram feitas políticas públicas consistentes em nosso país que cumprissem a regra do compromisso internacional assumido pelo Brasil. Ainda, conforme as regras de Bangkok devem ser priorizadas as soluções judiciais para que se torne viável a utilização de alternativas penais ao encarceramento, para as situações em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado (BRASIL, 2016).

As diretrizes apontadas pela Regra de Bangkok já foram sede de discussão no sentido da efetiva implementação das suas orientações no Supremo Tribunal Federal, nas decisões do Habeas Corpus 143.641 / SP de fevereiro de 2018:

Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERACÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

Em relação ao mérito favorável da decisão, o relator ministro Ricardo Lewandowski ressaltou as condições precárias existentes nos presídios brasileiros cuja situação já havia sido discutida pelo STF no julgamento da medida cautelar na Arguição e Descumprimento e Preceito Fundamental (ADPF 347). O relator citou dados do Infopen (Levantamento de Informações Penitenciárias) que apontam as diversas disparidades e situações degradantes no qual a mulher presa e seu filho estão sujeitos. O ministro também salientou a respeito do disposto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal que diz que nenhuma pena passará para terceiro, o que para o ministro é evidente que ocorra nessa situação entre mãe e filhos (BRASIL, 2018).

Foi abordado também sobre a importância da preservação do disposto no art. 227 da Constituição Federal tendo em vista que os cuidados com a presa também se direcionam a seus filhos e a Carta Magna estabelece prioridade absoluta na proteção às crianças. Lewandowski destacou que legislação brasileira tem se mostrado ao longo dos anos sensível a essa realidade e por isso foi editada a Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) que, segundo o ministro, trouxe aspectos práticos relacionados à custódia cautelar da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o artigo 318 do CPP (BRASIL, 2018).

O ministro relator votou no sentido favorável a concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP – e todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário (DEPEN) e as

demais autoridades estaduais, enquanto permanecer tal situação, com exceção de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em raras situações em que deverão ser fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (BRASIL, 2018).

O ministro estendeu a decisão às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em situação igual no território nacional, observadas as restrições previstas quanto ao item anterior. Os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello seguiram integralmente o voto do relator em relação ao mérito (BRASIL, 2018).

Já o ministro Edson Fachin, divergiu em relação à concessão do HC. Para ele, a inconstitucionalidade das condições existente no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento do APF 347, não deve implicar automaticamente ao encarceramento domiciliar e sim deve ser observado à luz dos casos concretos se pode avaliar todas as alternativas aplicáveis. Fachin votou no deferimento da ordem apenas para dar interpretação de acordo com os incisos IV, V e VI do artigo 318 do CPP, com a finalidade de reconhecer como única interpretação a que condiciona a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta e individualizada no melhor interesse da criança (BRASIL, 2018).

A equipe do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre os meses de janeiro e maio de 2018 visitou 34 estabelecimentos penais em 26 unidades da Federação, para inspecionar as condições oferecidas aos bebês que, para serem amamentados ficam com as mães em presídios e situação dos locais que abrigam mulheres privadas e liberdade grávidas ou lactantes. Apenas o Amapá não foi incluído por não ter mulheres nesta situação durante o levantamento e dados. Constatou-se que as mães crianças se encontravam em situação precária e com alimentação inadequada e em algumas unidades, faltava acesso ao atendimento por ginecologista (BRASIL, 2018).

Os dados que foram coletados deram origem ao Relatório Estatístico Visita às Mulheres Gestantes e Lactantes Privadas de Liberdade. O Levantamento, que é o primeiro do país, aponta que mais de 75% dos estabelecimentos penais apresentavam condições inadequadas. Em relação ao acompanhamento médico das presas durante a gestação e no pós-parto, 64,1% das unidades ofereciam assistência dentro e fora do sistema carcerário, enquanto 20, 58% exclusivamente fora do presídio e 14,57% apenas nos próprios estabelecimentos penais (BRASIL, 2018).

Segundo os dados emitidos pelo Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dentre as mulheres presas no Brasil, 466 estão grávidas e lactantes. Esses dados são relativos ao mês de setembro e representam um aumento de 10% em relação ao mês anterior. Do total de 294 eram gestantes e 172 amamentam seus filhos nos estabelecimentos penais. O sistema que foi lançado em outubro do ano passado, acompanha continuamente a situação das detentas e as condições em que vivem, através de dados encaminhados pelos Tribunais de Justiça atualizado mensalmente.

Dentre os estados, São Paulo é o que abriga o maior número de presas gestantes ou lactantes, 107 e 57 mulheres respectivamente se encontram nessa situação. O Ceará

está em segundo lugar, com 25 grávidas e 13 lactantes, enquanto Minas Gerais tem 12 gestantes e 27 lactantes. Os estados do Amazonas, Roraima, Maranhão, Tocantins e Alagoas não possuíam detentas nessas condições no mês passado (BRASIL, 2018).

Em boa parte das unidades (79,4%), as gestantes recebiam acompanhamento psicológico. Conforme dispõe o relatório, todos os partos foram realizados em hospitais fora das unidades prisionais. Cerca de 20% dos estabelecimentos declararam não assegurar o estabelecido na Lei 13.434/2017, que veda o uso de algemas em mulheres durante o trabalho e parto e na fase de puerpério imediato dentre os quais podemos citar: Cadeia Pública Feminina de Boa Vista, Centro de Ressocialização Suely Maria Mendonça (RO), Complexo Médico Penal (PR), Conjunto Penal Feminino Consuelo Nassser (GO), Penitenciária Feminina do Distrito Federal, Unidade Penitenciária Feminina de Rio Branco e Unidade Prisional Feminino de Tocantins (BRASIL, 2018).

No que diz respeito à estrutura para os recém-nascidos, 58,82% dos locais visitados continham berçários. Todavia, apenas cinco presídios tinham pediatras para prestar atendimento às crianças. Em relação ao tempo e permanência dos bebês nas unidades prisionais constatou-se que 50% permitem a presença de recém-nascidos até os seis meses e idade, enquanto, em 11% das unidades as crianças ficam com as mães até 2 anos. Durante as visitas, encontraram 33 crianças sem Registro de Nascimento e 10 sem a vacinação adequada, 92% das crianças após o período de permanência com as mães no presídio foram encaminhadas à família de um dos genitores (BRASIL, 2018).

A partir do resultado e da análise de dados colhidos em todo território nacional e seguindo as recomendações legais brasileiras e internacionais como as Regras de Bangkok, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução N° 252 de 04 de setembro de 2018 que estabelece diretrizes para o acompanhamento das mulheres e da prole, bem como das gestantes, com o objetivo de oferecer uma maior estrutura a essas crianças para que não sejam também punidas pelos crimes das mães. Dentre as diretrizes para o acompanhamento das mulheres e gestantes privadas de liberdade contidas no artigo 2º da resolução estão:

I - promoção da cidadania e inclusão das mulheres privadas de liberdade e de seus filhos nas políticas públicas de saúde, assistência social, educação, trabalho e renda, entre outras;

II - atenção integral, contínua e de qualidade às necessidades de saúde das mulheres privadas de liberdade no sistema prisional, com ênfase em atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - respeito à diversidade étnico-racial, às limitações e às necessidades físicas e mentais especiais, às condições socioeconômicas, às práticas e concepções culturais e religiosas, ao gênero, à orientação sexual e à identidade de gênero;

IV - adequação dos estabelecimentos prisionais femininos, especialmente quanto à arquitetura prisional e à execução de

atividades e aos procedimentos e rotinas da gestão prisional, garantindo à gestante e à mulher com filho lactente condições de atendimento às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde;

V - aperfeiçoamento contínuo de atividades e rotinas da gestão prisional, com atenção às diversidades e à capacitação periódica de servidores;

VI - aprimoramento da qualidade das informações constantes nos bancos de dados do sistema prisional brasileiro, contemplando a perspectiva de gênero.

Desta forma, observa-se que o levantamento de dados estatísticos através de pesquisa de campo e da análise da realidade dos estabelecimentos prisionais femininos, trouxe um grande avanço para não invisibilização das mulheres encarceradas e para que de forma mais concreta e eficaz possa ser feito as devidas adequações conforme à luz dos princípios constitucionais e humanitários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura feminina no sistema penal brasileiro sempre foi caracterizada no papel de vítima, personificada no ideal socialmente construído dos valores que as mulheres deveriam possuir para serem consideradas como tal. Todas aquelas que não possuíam características socialmente atribuídas ao comportamento natural feminino eram tidos como personalidades desviantes que deveriam ser tratadas como anormalidades, tendo em vista que a criminalidade sempre foi atribuída à condição masculina. Diante disso, toda a estrutura penal e as relações constituídas nela foram pensadas e construídas sobre a ótica masculina desconsiderando a mulher criminosa em suas particularidades.

A partir do final da década de 30 do século passado com a construção do primeiro presídio feminino do país em Porto Alegre e a criação do Código de Processo Penal já na década de 40, foram sendo estabelecidas novas medidas para implementação de presídios voltados a mulheres que cometeram crime. No entanto, esses presídios negligenciavam as particularidades relacionadas ao gênero dentre elas a maternidade. Os relatórios recentes dispõem sobre a atual condição dos presídios femininos que ainda estão distantes do previsto na Constituição Federal e pelos princípios humanitários dispostos nos pactos internacionais como as Regras de Bangkok.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado cada dia mais favorável a aplicação de penas alternativas para mulheres que são mães e que tenham cometido crimes que não sejam de grande periculosidade, demonstrado uma maior sensibilidade as particularidades e gênero aplicáveis ao caso concreto. Todavia, embora ao longo dos anos tenha-se tido avanços relevantes nesta seara, ainda pode se observar as inúmeras fragilidades que o sistema penitenciário brasileiro possui em relação às políticas públicas que efetivem o direito pleno à maternidade das mulheres encarceradas.

Dessa forma, se mostra a importância de pesquisas a respeito do tema, de maneira que possa garantir os direitos da mulher enquanto mãe e de seu filho resguardando o previsto na Constituição e nos princípios dos Direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS FILHO, José. *Criminologia e modos de controle social no Maranhão no início do século XX*. 1ªed. São Luís: FAPEMA 2013.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação Masculina*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão: Uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12403/2011*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol.09, nº 01, p. 349-375, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. 1ª Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Estatístico Visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade*. 1ª Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BRASIL. *HABEAS CORPUS: 143.641 SÃO PAULO*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/HC-143641-Ementa.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. In: Vade Mecum, 7.ed. atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. *Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990*, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: Vade Mecum, 7.ed. atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres*-Junho 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres*. 2ª edição 2018.

BRASIL. Resolução Nº 252 de 04/09/2018. Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3546>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Unidade de Monitoramento Carcerário. *Relatório de Mulheres em Privação de Liberdade e adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei*. São Luís: Janeiro 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, Vozes, 2007.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Criminalidade e Prisão Feminina: Uma análise da questão de gênero*. Revista Ártemis, Vol. XVIII Nº 1, p. 212-227, jul-dez, 2014.

LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

QUEIROZ, Nana. *Presos que Menstruam: A brutal Vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado em Política Social apresentada ao Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília-UNB. Brasília, 2006.

SANTOS, Jahyra Helena P. dos. SANTOS Ivanna Pequeno dos. *Prisões: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil*. CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em: 13 de jan 2019.

SPÍNDOLA, Luciana Soares. *A mulher encarcerada no Sistema Penal Brasileiro: a busca de soluções para as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade*. Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2016. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2274/Artigo_Luciana%20Soares%20Spindola.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 jan. 2019.

VENTURA, Miriam. SIMAS, Luciana. LAROUZÉ, Bernard. *Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol.31, n.3, p.607-619, mar, 2015.

ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL NA ADI Nº 4.439/DF: INCONSTITUCIONALIDADE E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

CONFessional RELIGIOUS EDUCATION IN THE DUS Nº 4,439/DF: UNCONSTITUTIONALITY AND RESTRICTION OF RELIGIOUS FREEDOM

Leonardo Milani Amaral*

Resumo: O presente artigo debate o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF, que versou sobre tema do ensino religioso nas escolas públicas; relacionando-o à problemática da liberdade religiosa. Desta forma, a partir da análise de determinados pontos do julgado, bem como da utilização de dados estatísticos e pesquisa bibliográfica, apresentam-se aspectos gerais sobre as diferentes matrizes religiosas com representação no Brasil; traça-se breve evolução histórica do instituto do ensino religioso; e discutem-se, por fim, a garantia de liberdade religiosa e a laicidade da modalidade confessional do ensino religioso. A partir de tais pressupostos, entende-se que a referida decisão violou o princípio da laicidade do Estado e que, portanto, mostrou-se, além de inconstitucional, como um meio de contraposição ao processo de fomento da liberdade religiosa observado no Brasil nos últimos anos.

Palavras-chave: Ensino religioso. Liberdade religiosa. Laicidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439-DF. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article discusses the essence of the decision of the Federal Supreme Court in the judgment of the Direct Unconstitutionality Suits nº 4,439/DF, which dealt with the theme of religious education in public schools, relating it to the question of religious freedom and diversity. Thus, based on the analysis of certain points of the decision, as well as the use of statistical data and bibliographic research, general aspects about the different religious matrices with representation in Brazil are presented; the historical evolution of the institute of religious education in Brazil too; and finally, discusses the secularity of the confessional mode of religious education. Based on these assumptions, it is concluded that this decision violated the principle of the secularity of the State and, therefore, proved to be unconstitutional and a force against the process of fostering of freedom and diversity that can be observed in Brazil in the last years.

Keywords: Religious education. Religious freedom. Secularism. Direct Unconstitutionality Suits nº 4,439/DF. Federal Supreme Court.

* Graduando da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU), cursando o 5º período (3º ano). Técnico em Serviços Jurídicos pela Escola Técnica Estadual "Prof. Idio Zucchi" (Bebedouro/SP). Endereço eletrônico: leeoamaral85@gmail.com. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5481458631766264>>.

1 INTRODUÇÃO

O tema em análise emergiu ao debate público a partir da ocasião do julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.439-DF, finalizado no dia 27 de setembro de 2017. A ADI foi proposta em finais de julho de 2010, pela Procuradora-Geral da República (PGR) em exercício Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, na qual questionou-se os limites da relação entre o princípio da laicidade estatal e o instituto do ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental.

O cerne da ação consistia na conferência de interpretação conforme à Constituição Federal de dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB); e do Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010, que firmou acordo entre o Brasil e a Santa Sé. Segundo a PGR, tais dispositivos estariam sendo interpretados como se compatíveis com o ensino religioso em suas modalidades confessional e interconfessional, o que culminaria, na prática, em proselitismo religioso nas escolas públicas; e, portanto, violaria o princípio da laicidade do Estado. Ademais, requeria-se também que os professores desta disciplina não pudessem ser admitidos na qualidade de representantes das confissões; e que, por fim, no caso do não acolhimento dos pedidos, declarasse-se alternativamente a inconstitucionalidade do trecho “católico e de outras confissões religiosas”, presente no artigo 11, parágrafo 1º do acordo Brasil-Santa Sé¹.

A relatoria da ação recaiu ao Ministro Luís Roberto Barroso, o qual votou pela procedência do pedido, sendo seguido pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Contudo, a divergência iniciada pelo Ministro Alexandre de Moraes e seguida pelos Ministros Edison Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e, finalmente, Cármen Lúcia – esta última dando o Voto de Minerva – venceu, julgando a ação improcedente e permitindo, destarte, a possibilidade da ocorrência do ensino religioso nas modalidades confessional e interconfessional, ou seja, vinculado a religiões específicas.

A decisão gerou controvérsias e grande debate, pois a partir dela, em tese, abriu-se uma brecha para o restabelecimento de vínculos entre Estado e religião, algo já há muito superado, como demonstrado pelo próprio Ministro Luís Roberto Barroso na ocasião do julgamento da ação, quando, ao proferir seu voto, disse ver o problema como uma discussão entre Iluminismo e pré-Iluminismo².

Nesse sentido, por meio de uma análise de determinados pontos do julgado e dos dispositivos legais a ele pertinentes; bem como pelo uso de dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); e a realização de pesquisa

¹ Decreto nº 7.107/2010, artigo 11, §1º: “O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação”.

² O Ministro asseverou o seguinte: “Devo dizer que, respeitando todas as posições manifestadas, eu vejo esse problema como uma discussão fora de época entre Iluminismo e pré-Iluminismo, sinceramente”. O vídeo da apresentação do relatório e voto do ministro Barroso pode ser acessado pelo link: <<https://www.youtube.com/watch?v=xL1VR570uyc&t=290s>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

bibliográfica, pela qual traçar-se-á uma breve evolução histórica do instituto do ensino religioso; pretende-se construir com este trabalho, utilizando-se enfoque sistemático, entendimento no sentido de que há violação ao princípio da laicidade do Estado na referida decisão; e que, no que tange aos temas da liberdade e religiosa, reforça-se o poder opressivo e discriminatório exercido pelas religiões hegemônicas sobre as minoritárias e os grupos sem religião.

2 ASPECTOS DA DIVERSIDADE RELIGIOSA NO BRASIL

Primordialmente, mostra-se oportuna a realização de um levantamento geral sobre as diversas manifestações religiosas presentes no Brasil, a partir do manejo de dados fornecidos pelo IBGE. Os dados foram colhidos majoritariamente do último censo demográfico realizado pela instituição, no ano de 2010; além da utilização de alguns dados de censos anteriores para fins comparativos. Com efeito, segundo o próprio instituto, “os resultados do Censo Demográfico 2010 mostram o crescimento da diversidade dos grupos religiosos no Brasil”³, conforme demonstrado a seguir.

2.1 RELAÇÃO DE DADOS

Nessa perspectiva, segundo o Censo 2010, a população brasileira é majoritariamente cristã, uma vez que, somando-se as representações do Catolicismo e do Protestantismo obtém-se mais de 86% da população. Dentre os demais grupos, o mais notável é o dos sem religião, que engloba ateus e agnósticos, representando 8% da população. Em seguida, há os Espíritas, que concentram 2%; e, por fim, os adeptos das religiões afro-brasileiras – as principais sendo Umbanda e Candomblé – e as demais religiões, como Budismo, Judaísmo e Islamismo, dentre muitas outras, que apresentam unidas pouco mais de 3% da população.

No entanto, vale destacar que o Catolicismo Romano, possuidor de um total de 64,6% de adeptos no país, apesar de constituir a representação majoritária, segue uma tendência de decréscimo, mostrando uma redução de 9,0 pontos percentuais em relação ao censo realizado no ano de 2000, onde contava com 73,6%. De fato, a religião vem apresentando uma queda no número de fiéis desde o primeiro censo demográfico, realizado em 1872. Naquela época⁴, os católicos representavam 99,7% da população. Já em 1970, representavam 91,8%, uma diferença de 7,9 pontos percentuais. Ressalte-se, assim, que a variação ocorrida entre 2000 e 2010 – em dez anos, portanto – foi superior à ocorrida em praticamente cem anos (de 1872 a 1970), o que demonstra um forte aumento na intensidade desta perda de fiéis nos últimos anos.

Já o Protestantismo mostra-se em movimento contrário. De acordo com o último censo, conta com 22,2% da população, cerca de 42,3 milhões de pessoas; em face

³ A afirmação abre a notícia veiculada pelo instituto quando da realização do censo, com a seguinte manchete: “Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião”. A notícia pode ser acessada pelo link: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?id=3&idnoticia=2170&view=noticia>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴ Não se deve deixar de lembrar que o Catolicismo Romano era a religião oficial do Estado no período imperial, isto é, tratava-se de um Estado confessional. Observe-se o disposto pelo artigo 5º da Constituição Política de 1824, que será revisitado posteriormente: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio [...]”.

dos 15,4% constatados no ano 2000, que consistiam em 26,2 milhões. Desta forma, tornou-se o grupo religioso que mais se desenvolveu no período intercensitário, com um aumento aproximado de 16 milhões de fiéis. Ademais, a expansão mostra-se ainda mais evidente quando comparados os dados dos últimos quatro censos: 6,6% em 1980; 9,0% em 1991; 15,4% em 2000; e finalmente 22,2% em 2010. A par destas informações, constata-se crescimentos intercensitários de 2,4; 6,4 e 6,8 pontos percentuais, bem como a primorosa diferença de 15,6 pontos percentuais entre 1980 e 2010. Novamente, demonstra-se uma intensificação nas mudanças no quadro religioso nacional nos últimos anos.

O Espiritismo, por sua vez, constitui atualmente o terceiro maior grupo religioso no Brasil, representando 2% da população, correspondente a cerca de 3,8 milhões de pessoas. Os espíritas também tiveram um considerável aumento dentre seus praticantes em relação ao Censo 2000, quando contavam com 1,3% da população. Ademais, curiosamente, constituem o grupo religioso que apresenta os melhores indicadores educacionais, com a maior proporção de fiéis com ensino superior completo e os menores índices de indivíduos sem instrução alguma.

Outrossim, deve-se mencionar também: Candomblé e Umbanda, representando 0,3% da população e mantendo-se estatisticamente estáveis em relação ao Censo 2000; Testemunhas de Jeová, que possuem 1.393.208 fiéis; Budismo, com 243.966 adeptos; Judaísmo, que possui 107.329; religiões ligadas a tradições indígenas, com 63.082; Islamismo, com 35.167; e Hinduísmo, com 5.675. Tais manifestações religiosas, somadas a todas as outras aqui não citadas, representam, segundo o censo realizado em 2010, 3,1% da população brasileira.

Por fim, é de suma importância ressaltar o grupo dos declarados sem religião. O montante, que engloba – além dos somente declarados como sem religião – ateus e agnósticos, consistia em 7,3% da população em 2000, correspondentes a cerca de 12 milhões de pessoas. Já em 2010, este número foi a 8%, passando dos 15 milhões. O crescimento vigoroso do grupo, em mais 3 milhões de pessoas durante o período intercensitário, atesta da melhor maneira possível o incremento da diversidade: tanto é possível que haja manifestações religiosas das mais distintas, quanto é igualmente possível que exista quem opte por nenhuma.

2.2 OBSERVAÇÃO

Por mais uma primeira impressão possa indicar que aqui se tratou superficialmente dos aspectos da diversidade religiosa, abordando-se apenas os grupos majoritários; cabe frisar que, quando se fala em Protestantismo, por exemplo, abarca-se pelo menos vinte manifestações religiosas diferentes; da mesma forma que, quando citadas as tradições indígenas, traz-se um denominador comum para outras várias manifestações. Portanto, por mais que a natureza deste trabalho não permita pormenores, tentou-se realizar uma análise da forma mais ampla possível, buscando-se reunir religiões semelhantes em matrizes comuns. Ademais, a própria impossibilidade de se produzir um estudo pormenorizado, para além do já feito, é outro forte indicativo de que a diversidade realmente existe e está se consolidando.

3 O ENSINO RELIGIOSO NO BRASIL

Neste capítulo, será apresentado um breve panorama acerca do ensino religioso no Brasil, abordando suas modalidades, bem como sua evolução histórica, destacando-se determinados aspectos legais e socioculturais sobre a sua apresentação. Antes de mais nada, porém, deve-se observar que

Evidentemente, não podemos esquecer que, de forma intrínseca, a educação sempre foi compreendida como uma maneira de reprodução e de manutenção do status quo, apesar de sabermos que, desde sempre, em muitas situações históricas, os poderes constituídos buscaram formas de fazer da educação um instrumento ideológico. (TOMAZ, L.; TOMAZ, R., 2016, p. 134)

Nesse sentido, ter-se em mente a circunstância de a educação ter sido historicamente compreendida quase sempre como uma ferramenta de conservação e perpetuação de poder e ideologias predominantes consiste na base para o desenvolvimento deste capítulo.

3.1 MODALIDADES DO ENSINO RELIGIOSO

Inicialmente, antes de uma abordagem mais abrangente acerca dos aspectos históricos, sociais e legais do ensino religioso no Brasil, é imprescindível que se defina as suas modalidades, quais sejam:

a) ensino confessional: o objetivo do ensino religioso é a promoção de uma ou mais confissões religiosas. O ensino é clerical e, de preferência, realizado por um representante de comunidades religiosas. [...]

b) ensino interconfessional: o objetivo do ensino religioso é a promoção de valores e práticas religiosas em um consenso sobreposto em torno de algumas religiões hegemônicas à sociedade brasileira. É possível de ser ministrado por representantes de comunidades religiosas ou por professores sem filiação religiosa. [...]

c) ensino sobre história das religiões: o objetivo do ensino religioso é instruir sobre a história das religiões, assumindo a religião como um fenômeno sociológico das culturas. O Ensino religioso é secular, devendo ser ministrado por professores de sociologia, filosofia ou história. [...] (DINIZ; CARRIÃO, 2010, p. 45-46)

Observe-se, no entanto, que, quanto às modalidades confessional e interconfessional, deve-se atentar ao fato de que

Há, entretanto, uma ambiguidade conceitual na fronteira entre essas duas modalidades de ensino religioso, pois todo ensino interconfessional é também confessional em seus fundamentos. A diferença entre os dois tipos de ensino estaria na abrangência

da confessionalidade: o ensino confessional estaria circunscrito a uma comunidade religiosa específica, ao passo que o interconfessional partiria de consensos entre as religiões, uma estratégia educacional mais facilmente posta em prática pelas religiões cristãs, por exemplo. (DINIZ; LIONÇO, 2010, p. 14-15)

Desta forma, para que o ensino religioso se apresente nas modalidades confessional e interconfessional (ou semiconfessional), este tem de, necessariamente, estar ligado diretamente a uma ou mais religiões, pelo que logicamente tende a privilegiar as predominantes. Portanto, desde já fica claro que, num Estado que se diz laico, a única modalidade de ensino religioso compatível com seus preceitos é a não confessional (ensino sobre aspectos históricos, sociológicos e filosóficos das religiões).

3.2 BREVE HISTÓRICO

Para um estudo histórico acerca do ensino religioso, é imprescindível que se leve em consideração o forte vínculo entre Estado e religião que permeou grande parte da história do Ocidente. Nesse sentido, nota-se que após a Reforma Protestante, o Catolicismo Romano buscava reafirmação; fato que, inserido no contexto das grandes navegações, viria a caracterizar o surgimento do ensino religioso no território que daria origem ao Brasil.

Desta feita, com o início da colonização, e considerando-se o regime do Padroado, acordo celebrado entre a Igreja Católica⁵ e a Monarquia Portuguesa, que visava proporcionar esta expansão do Catolicismo Romano; houve incentivo do governo português para a vinda de missões jesuíticas à terra recém descoberta, com o objetivo de catequizar os habitantes nativos e implantar definitivamente o Catolicismo no país. Assim, começou-se a esboçar uma primeira ideia do que viria a ser uma organização educacional.

No período colonial, desta forma, unem-se os desejos de expansão e consolidação de territórios com a necessidade de reafirmação do Catolicismo Romano. Assim,

Havendo a união entre Igreja e Estado, a educação, pelo menos em um primeiro momento, passa a estar nas mãos de congregações religiosas; assim, o ER [Ensino Religioso] estará, inevitavelmente, ligado ao esforço catequético de conquista de fiéis [...]. Tal relação intrínseca entre Igreja e Monarquia leva a uma constante limitação da liberdade da Igreja, tornando o Catolicismo um instrumento ideológico do governo português, prejudicando seu projeto evangelizador em nome do projeto de domínio de Portugal. (TOMAZ, L.; TOMAZ, R., 2016, p. 135)

Com efeito, após a independência em 1822, já no período imperial e a despeito da época anterior, o tema ganhou corpo normativo, passando a estar presente na Constituição Política do Império, de 1824, nos dispositivos seguintes:

⁵ Vale destacar que os termos "Igreja", "Igreja Católica" ou "Catolicismo", quando não especificados, referir-se-ão sempre ao Catolicismo Apostólico Romano.

Artigo 5º. A Religião catholica apostolica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma algum exterior de Templo.

Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...]

V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública.

No entanto, por mais que se possa imaginar que tais dispositivos seriam um esboço de uma abertura religiosa, deve-se observar que,

Durante a vigência da Constituição Imperial de 1824, o Estado era claramente confessional, vale dizer, possuidor de religião oficial (a católica apostólica romana – única que podia ser cultuada publicamente, já que as demais somente poderiam ser objeto de cultos domésticos). Havia, pois, mera tolerância com a existência de outras religiões, o que não se confunde com liberdade religiosa – eis que o tratamento igualitário não existia. (MASSON, 2018, p. 285)

Nesse meandro, em 15 de outubro de 1827, foi decretada uma lei que determinava a criação de escolas de ensino infantil em determinadas localidades do Império, na qual surgiu a primeira referência ao ensino religioso propriamente dito, presente em seu artigo 6º (CAETANO, 2007). Contudo, apesar da normatização,

[...] o ER [Ensino Religioso], no período Imperial, não se afasta da forma pela qual se realizava no período da Colônia. A religião, antes de estar presente na educação como parte da formação integral e humana, no Império, passa a ser um dos principais aparelhos de ideologia do Estado. (TOMAZ, L.; TOMAZ, R., 2016, p. 137)

Com a Proclamação da República, em 1889, no entanto, dar-se-ia uma virada importantíssima. Devido ao processo de laicização, Estado e religião passavam a estar oficialmente separados, ficando a religiosidade relegada à esfera privada. O secularismo, assim, deu um grande salto quanto à diversidade, ao abrir caminho para a manifestação de crenças das mais variadas, já que se apregoava que o Estado não deveria ter uma religião oficial. Curiosamente, vale registrar que Constituição de 1891 é a única a não mencionar, direta ou indiretamente, o ensino religioso.

Nessa seara, tendo perdido um grande espaço de atuação, a Igreja Católica precisava encontrar uma forma de retomá-lo, mesmo num Estado agora laico. Desta forma, com a forte realização de manifestações eclesiais durante as primeiras décadas do século XX, esta galgava um novo fortalecimento, que se tornou concreto com

⁶ "Art. 6º. Os Professores ensinarão a ler, escrever as quatro operações de arithmetica, pratica de quebrados, decimaes e proporções, as nações mais geraes de geometria pratica, a grammatica da lingua nacional, e os principios de moral chritã e da doutrina da religião catholica e apostolica romana [...]".

o fim da República Velha, em 1930. O então presidente Getúlio Vargas, percebendo a importância do apoio da Igreja Católica, influenciou para a positivação do dispositivo que constituiria o artigo 153 da Constituição de 1934, que representou um marco em relação às legislações posteriores, asseverando que

Artigo 153. O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

Posteriormente, com o Golpe do Estado Novo em 1937, e o advento de uma nova Constituição, o cenário sofreu mudanças novamente. Como se tratava de um período ditatorial, a educação naturalmente visaria a formação de cidadãos que possuísem valores voltados à manutenção desta forma de governo e, com o ensino religioso, não seria diferente. Portanto, “o ER [Ensino Religioso] também entrava na linha de educação para a obediência à lei, à disciplina e à ordem estatal” (TOMAZ, L.; TOMAZ, R., 2016, p. 141), no sentido de um ensino de caráter moralista e triunfalista com relação ao Catolicismo, novamente reforçando-se a ideologia do Estado e impossibilitando-se uma dissociação do caráter confessional.

No entanto, com o fim do Estado Novo, em 1945, e o surgimento de um forte ideal de redemocratização, promulga-se uma nova Constituição em 1946, sob inspiração liberal, que retoma vários princípios e valores anteriores ao período ditatorial. Quanto ao ensino religioso, apesar da manutenção da influência do Catolicismo, o Estado passaria a fornecer diretrizes em caráter nacional para a educação, visando assegurar a liberdade de crença e a personalidade jurídica das associações religiosas, nos moldes do artigo 168, inciso V da referida Constituição, que asseverava o seguinte:

Artigo 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: [...]

V – O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável. [...]

A legislação referida no *caput* do artigo, que veio à luz após muito debate e controvérsias, cristalizou-se na Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Na LDB de 1961, dispunha-se o seguinte quanto ao ensino religioso, em seu artigo 97, *caput*:

Artigo 97. O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa, e será ministrado sem ônus para os poderes públicos, de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável. [...]

Ou seja, verteu-se novamente o ensino religioso para uma perspectiva confessional, já que este adequar-se-ia à confissão pessoal do aluno. Acirrou-se, assim, o

debate entre os defensores da laicidade do Estado e os apoiadores do ensino religioso como um direito do cidadão. Três anos depois, em 1964, com o Golpe Civil-Militar e a instauração de um novo período ditatorial, mais uma vez se alterariam os fatores histórico-sociais. Com o advento da Constituição de 1967, implantou-se uma visão extremamente imparcial quanto ao ensino religioso, não se fornecendo nenhuma prerrogativa diferenciada a quaisquer religiões, apenas dizendo, no artigo 168, inciso IV, que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio”. Este tratamento, certamente, gerou reações da Igreja Católica. Assim,

A Igreja Católica, constatando o processo de repressão e de iniquidade, imposto pelo regime militar, começou a ter consciência da incompatibilidade entre as pretensões totalitárias dos militares e a verdade do Evangelho. Assim, com um novo modo de ver sua presença e missão na sociedade, tornou-se uma grande opositora dos militares, assumindo a luta contra os excessos das forças de segurança, em favor da justiça social, da liberdade e da conscientização das pessoas, quanto às medidas injustas e desumanas. (CAETANO, 2007, p. 80-81)

Subsequentemente, publicou-se a Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, uma nova LDB que, surgida sob a égide do período mais ferrenho da ditadura, novamente utilizou-se, assim como no período do Estado Novo, do ensino religioso como meio de reforço ao *status quo*, uma vez que se constatou que nesse aspecto, a religiosidade poderia favorecer o regime. Desta vez, contudo, esta ação deu-se de maneira mais característica e significativa, diluindo o ensino religioso na disciplina de Educação Moral e Cívica, segundo o artigo 7º⁷ da referida lei. Destarte, repassou-se ao Estado o ônus quanto ao professor, tendo este o objetivo de formar cidadãos plenamente cômicos de seus deveres e obrigações para com o próprio Estado.

Por fim, com a abertura democrática no início dos anos 1980 e, conseqüentemente, o término do período ditatorial em 1985, convocou-se Assembleia Nacional Constituinte, resultando na promulgação Constituição Federal de 1988, que representou, passados os tempos obscuros, a instituição do ponto alto da democracia e cidadania brasileiras. Com ela e toda a conjuntura pela qual se havia passado, necessitava-se de amplas reformas legislativas, as quais promoveriam, já em finais da década de 1990, o surgimento de uma nova LDB, a qual traria novos ares ao ensino religioso no Brasil.

3.3 CENÁRIO ATUAL

A Constituição de 1988 foi responsável por reafirmar a democracia, positivando inúmeros direitos e garantias em seu texto. No que tange à religiosidade, trouxe em seu artigo 5º, inciso VI, a garantia das liberdades de consciência e de crença religiosa, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

⁷ Art. 7º Será obrigatória a inclusão de Educação Moral e Cívica, Educação Física, Educação Artística e Programas de Saúde nos currículos plenos dos estabelecimentos de 1º e 2º graus [...].

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

Já o tema do ensino religioso propriamente dito, é abordado no artigo 210, parágrafo primeiro. Eis o seu teor:

Artigo 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. [...]

É possível notar que novamente o texto constitucional referiu-se à legislação complementar. Desde a promulgação da Constituição, já se discutiam quais seriam os componentes da nova LDB. Após um período de quase dez anos, promulgou-se a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Esta, por sua vez, positivou as disposições referentes ao ensino religioso no seu artigo 33, que possuía, originalmente, a seguinte redação:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I - confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou

II - interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.

Entretanto, notou-se que se tratava de dicção defeituosa, pois favorecia as modalidades confessional e interconfessional, as quais, como já mencionado, são a priori incompatíveis com o princípio da laicidade. Desta forma, no ano seguinte, promulgou-se a Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997, que trouxe nova redação ao artigo 33 da LDB, o qual passou a vigorar com os seguintes dizeres:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

Assim, a nova redação alinhou-se aos preceitos fundamentais presentes na filosofia constitucional, sobretudo o respeito à diversidade e à democracia, reforçando o modelo não confessional de ensino, já que veda “quaisquer formas de proselitismo”. É nítido, para além disso, que a própria reforma legislativa buscou retirar as menções às formas confessional e interconfessional por perceber que estas eram conflitantes com a nova ordem constitucional, sobremaneira com um Estado laico. Portanto, é absurdo que se interprete este dispositivo como se este possibilitasse a adoção de tais modalidades, uma vez que o mesmo foi reformado justamente para se evitar tal intento.

4 LIBERDADE RELIGIOSA, LAICIDADE E CONFESSIONALIDADE DO ENSINO

4.1 ASPECTOS DA GARANTIA DE LIBERDADE RELIGIOSA

A positivação no texto constitucional da garantia de liberdade religiosa atesta que o Poder Constituinte já enxergava, em sua época, a efervescência da diversidade de crenças e, sobretudo, a necessidade de garantir-lhes paridade de tratamento. Destarte,

O reconhecimento explícito da liberdade religiosa pela Constituição, bem como as suas demais disposições em apoio e em proteção a práticas dessa ordem, revela haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Decerto que a liberdade importa também o direito de quem quer que seja de não aderir a alguma fé transcendental; mas, como concebido, o sistema constitucional não toma essa possibilidade como razão obstativa para que a ordem jurídica acolha positivamente a pluralidade de expressões religiosas dos demais. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 273)

Com efeito, não se deve deixar de atentar, outrossim, acerca do grau de amplitude da referida garantia, de forma a delinear sua incidência no plano fático. Sob este aspecto, tem-se que a abrangência da disposição

[...] constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem [...], acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual. (MORAES, 2014, p. 47)

Observa-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 cuidou de consolidar no ordenamento jurídico pátrio a relevância que o fenômeno religioso, em todas as suas acepções (inclusive as contrárias ou neutras, isto é, não religiosas), veio galgando ao

longo da história nacional, conforme demonstrado. Desta forma, o preceito constitucional da liberdade religiosa apresenta como finalidade precípua, sobremaneira, a promoção de tal quadro fático, à luz do princípio implícito da vedação ao retrocesso.

Nesse sentido, trazendo a discussão ao bojo do ensino religioso, cabe destacar que o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto-divergência, sustentou que o referido ensino não poderia se apresentar de maneira não confessional pelo fato de que o Estado, ao unificar numa única disciplina dogmas de manifestações religiosas diversas, estaria, na verdade, criando uma “doutrina religiosa oficial” (MORAES, 2017, p. 04), circunstância que ofenderia a liberdade religiosa. Em suas palavras,

[...] o dirigismo estatal, no sentido de elaborar um conteúdo único e oficial para a disciplina ensino religioso, resumindo nesta disciplina alguns aspectos descritivos, históricos, filosóficos e culturais que entendesse principais de várias religiões e assumindo a responsabilidade de ministrá-la, configuraria um duplo desrespeito à Consagração da Liberdade Religiosa, pois simultaneamente estaria mutilando diversos dogmas, conceitos e preceitos das crenças escolhidas e ignorando de maneira absoluta o conteúdo das demais; bem como estaria obrigando alunos de uma determinada confissão religiosa a ter contato com crenças, dogmas e liturgias alheias à sua própria fé, em desrespeito ao artigo 5º, VI, da Constituição Federal. (MORAES, 2017, p. 22)

No entanto, tais argumentos não subsistem. De fato, mostra-se impossível a abordagem, numa única disciplina, dos principais aspectos de todas as religiões com representação no país. Contudo, note-se que nas modalidades confessionais do ensino é também impossível ofertar-se aulas – inclusive com professores representantes das respectivas confissões – de todas as religiões com representação no país. Desta maneira, a efetivação do ensino religioso depende de escolha pela via que, confrontada com a garantia de liberdade religiosa, restringir-lhe o mínimo possível.

Com efeito, é nítido que as circunstâncias de ordem prática tornam o ensino religioso confessional menos efetivo no que tange à liberdade religiosa. Veja-se, por exemplo, a dispendiosidade da oferta de um número indeterminado de cátedras dentro da disciplina do ensino religioso (uma para cada confissão, ou mesmo, uma para cada grupo de confissões, na modalidade interconfessional), cada qual devendo admitir como professor um representante da respectiva confissão religiosa. Na prática, por insuficiência das grades horárias, ausência espaço físico apto e, sobretudo, limitação de recursos financeiros, é provável que, adotando-se as modalidades confessionais, ofertar-se-ia apenas uma ou pouco mais cátedras, nas quais seriam ministradas aulas apenas das confissões majoritárias, ignorando-se as demais. Em contrapartida, na modalidade não confessional, apenas uma cátedra bastaria, aborrendo-se igualmente diversas confissões, ainda que não todas.

Outrossim, não se estaria obrigando o aluno que se matriculasse na disciplina a ter contato com dogmas e fundamentos de religiões estranhos à sua fé, pois, como reiterado várias vezes pelo próprio Ministro em seu voto, a matrícula na disciplina é facultativa. Logo, o estudante, ou mesmo os responsáveis por este, teriam condições

de saber acerca das características do conteúdo a ser ministrado na disciplina e livremente escolher acerca da matrícula ou não, não se configurando nenhuma espécie de imposição. Vale destacar, inclusive, que o contato acadêmico com diferentes crenças, dogmas, filosofias e formas de pensar é um dos principais pilares para a construção da cultura do respeito e da tolerância, forma mais efetiva pela qual a garantia da liberdade religiosa pode se exprimir.

4.2 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO

O princípio da laicidade estatal surgiu no Brasil, como já explicitado, com o advento da República no fim do século XIX e, desde então, incorpora o ordenamento jurídico pátrio. Atualmente, está positivado no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. [...]

Nesse sentido, ao se analisar as vedações presentes no dispositivo acima transcrito, extrai-se que o princípio da laicidade indica que

Os entes federados que integram a república Federativa do Brasil também não podem adotar oficialmente uma religião, uma vez que fazem parte de uma federação laica ou não confessional, que se caracteriza pela total separação entre Estado e igreja. (MASON, 2018, p. 629)

Importante ressaltar, todavia, que tal separação não pode ser entendida como uma postura estatal totalmente alheia ao fenômeno religioso. O próprio texto constitucional traz disposições que criam prestações positivas para o Estado relação à religiosidade, como os próprios artigos 5º, inciso VI; e 210, parágrafo primeiro, já abordados anteriormente, dentre outros. Desta forma, constata-se que

A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, em benefício do interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas. É evidente que, nesses casos de colaboração, a instituição religiosa não perde a sua essência. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 272-273)

Com efeito, observada esta contraposição entre a laicidade e as prestações criadas para o Estado pelo texto constitucional quanto à religiosidade, cumpre perquirir acerca da forma e dos limites pelas quais estas últimas podem ser cumpridas, sobretudo quanto ao ensino religioso; sem que haja violação à laicidade estatal. Nesse liame, observa-se que tais prestações positivas do Estado para com a religiosidade,

por irem de encontro à laicidade, devem ser interpretadas de maneira restritiva. Assim, logo se percebe que

A conciliação necessária entre laicidade estatal e ensino religioso afasta a possibilidade de o Estado optar pela modalidade confessional (de uma religião específica) ou pela modalidade interconfessional (de algumas religiões, a partir do seu denominador comum). Note-se que a simples presença do ensino religioso em escolas públicas já constitui uma cláusula constitucional de exceção (ou de limitação) ao princípio da laicidade, pelo fato de aproximar, em alguma medida, as ordens estatal e religiosa. (BARROSO, 2017, p. 14)

Contudo, para melhor elucidar esta questão, cumpre realizar a uma análise mais aprofundada do conteúdo jurídico da laicidade. Nessa seara, destaque-se que o princípio constitucional em comento possui três conteúdos elementares, sendo eles: a separação formal entre Estado e religião; a neutralidade estatal em matéria religiosa; e a garantia da liberdade religiosa (BARROSO, 2017). Analisemos as particularidades de cada um.

4.2.1 SEPARAÇÃO FORMAL ENTRE ESTADO E RELIGIÃO

A separação formal entre Estado e religião diz respeito à impossibilidade de vinculação ou reconhecimento do Estado com qualquer religião. Esta separação deve se apresentar em três planos, quais sejam: institucional, pessoal e simbólico. Nesse sentido,

Na dimensão institucional a laicidade veda qualquer arranjo político que conduza à fusão entre Estado e religião. Já na dimensão pessoal, impede-se que representantes de religião sejam admitidos enquanto tais como agentes públicos. Por fim, na dimensão simbólica, a separação formal impede que os símbolos adotados pelo Estado constituam símbolos de identificação de religiões. (BARROSO, 2017, p. 15)

Desta feita, sobre este primeiro aspecto, nota-se que as modalidades confessionais do ensino acabariam por criar um vínculo institucional nítido entre Estado e religião, pois, por meio destas, ministrar-se-iam uma ou mais confissões específicas no espaço físico das escolas públicas, sendo as próprias confissões as definidoras dos conteúdos a serem ministrados. Logo, o Estado atuaria como um facilitador para a difusão dos dogmas e liturgias destas confissões específicas, configurando-se, assim, proselitismo religioso.

Mencione-se que o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, sustentou que o ensino religioso ofertado nas modalidades confessionais

Não se trata de permitir proselitismo religioso, que tem por objetivo a conversão de determinada pessoa para que adira a uma religião, pois o requisito constitucional primordial é a matrícula

facultativa do aluno que já professa a crença objeto da disciplina. (MORAES, 2017, p. 20)

No entanto, deve-se observar que o proselitismo não se configuraria, neste caso, pela simples oferta do ensino religioso. Note-se que, apresentando-se o ensino religioso nas modalidades confessionais, seria ofertada, na prática, a cátedra de apenas uma ou de poucas religiões, conforme demonstrado supra. Assim, os alunos que professam religiões não contempladas seriam prejudicados, pois teriam o seu direito de matricular-se na disciplina, bem como de professar livremente sua fé, restringidos. Tal fato, somado à vinculação efetivada entre o Estado e estas confissões, independentemente da facultatividade da matrícula, tratar-se-ia de proselitismo religioso, ainda que velado.

Outrossim, não se deve deixar de lembrar que, se professores das cátedras dentro do ensino religioso fossem admitidos como representantes de suas respectivas confissões religiosas, estar-se-ia os admitindo como servidores que seriam remunerados pelo próprio Estado, de forma que a separação entre Estado e religião seria violada de maneira mais gravosa, posto que tal circunstância fere a literalidade do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, quando se afirma que os entes federados não poderão “manter com eles [os cultos religiosos] ou seus representantes relações de dependência ou aliança [...]”.

4.2.2 NEUTRALIDADE EM MATÉRIA RELIGIOSA

A neutralidade em matéria religiosa consiste, por sua vez, na vedação do estabelecimento de qualquer espécie de preferência ou discriminação entre as confissões religiosas e posições não religiosas, de forma que estas, inclusive, não interfiram no livre exercício das atividades estatais. Este aspecto da laicidade também se apresenta em diferentes planos, a partir dos critérios de preferência, embaraço e interferência. Assim,

[...] a laicidade como neutralidade impede que o Estado (i) favoreça, promova ou subvencione religiões ou posições não religiosas (neutralidade como não preferência); (ii) obstaculize, discrimine ou embarace religiões ou posições não religiosas (neutralidade como não embaraço); e (iii) tenha a sua atuação orientada ou condicionada por religiões ou posições não religiosas (neutralidade como não interferência) (BARROSO, 2017, p. 16)

Com efeito, quanto a este aspecto, é nítido que com o advento das modalidades confessionais do ensino religioso, tendo em vista a já mencionada impossibilidade fática de se dar igual tratamento a todas as religiões com representação no Brasil, ofertando-se uma cátedra para cada uma delas, acabar-se-ia por favorecer uma ou algumas em detrimento das demais e, logo, impossibilitar-se-ia um tratamento neutro, sobretudo no que tange à neutralidade como não preferência, violando-se a laicidade do Estado.

Tal aspecto consiste, de fato, no cerne da laicidade, vez que consagra que o Estado, em todas as suas esferas, deve adotar condutas absolutamente equânimes e im-

parciais em relação às diversas confissões religiosas e cosmovisões não religiosas. Neste ponto, interessante trazer à discussão argumento do Ministro Alexandre de Moraes, quanto à suposta ausência de neutralidade da modalidade não confessional do ensino. Nesse sentido,

Em todas essas hipóteses, e no ensino das demais confissões religiosas, insisto, a neutralidade não existe, pois os ensinamentos e o aprendizado se baseiam, fundamentalmente, nos dogmas de fé, que não podem ser substituídos por narrativas gerais, meramente descritivas, neutras e contraditórias. (MORAES, 2017, p. 21)

Contudo, o equívoco de tal argumento consiste no fato de este confundir as metodologias abordadas pelas modalidades confessionais e não confessionais do ensino. O ensino clerical, baseado nos dogmas específicos de uma religião ou determinado grupo de religiões é confessional; não se confundindo com a modalidade não confessional, na qual os aspectos fundamentais das diversas religiões e posições não religiosas são apresentados de maneira descritiva e elucidativa da diversidade, sem quaisquer aspectos clericais.

Em termos lógicos, o argumento é falacioso por, em síntese, afirmar que a neutralidade não existe na modalidade não confessional em razão de o ensino religioso somente poder se apresentar de forma confessional. Logo, partindo deste pressuposto, o Ministro mistura aspectos das modalidades, de forma a sugerir que o ensino não confessional não passaria de uma espécie de aula conjunta e clerical de religiões diversas, o que não subsiste, conforme já explicitado ao longo deste trabalho.

4.2.3 GARANTIA DE LIBERDADE RELIGIOSA

Por fim, o terceiro e último conteúdo da laicidade consiste na própria garantia da liberdade religiosa, já abordada anteriormente. Apesar de a garantia da liberdade religiosa possuir contornos autônomos à laicidade, estas apresentam uma interessante relação de complementaridade. Sob este aspecto, a laicidade deve ser entendida como a obrigação imposta ao Estado para este que crie meios para proporcionar, a todos os cidadãos, um ambiente no qual seja passível o exercício pleno da liberdade religiosa.

Nesse sentido, nota-se que este aspecto consagra a face positiva da laicidade do Estado, pois prescreve condutas ativas, de forma que, quanto ao ensino religioso ministrado

No espaço da escola pública, o Estado jamais pode pretender estimular ou desestimular, prescrever ou proibir a adoção de qualquer crença. Ao contrário, ao Poder Público incumbe o dever de assegurar que todos os educandos possam exercer o direito de aderir (ou não) a uma crença e professá-la, individual ou coletivamente, por meio de seus ritos e cultos, sem coerção ou discriminação e respeitando se, sempre, a autonomia familiar. Durante o ensino fundamental, tais deveres de proteção são potencializados. (BARROSO, 2017, p. 17)

Desta forma, quanto a este último aspecto, ao se permitir o estabelecimento das modalidades confessional ou interconfessional do ensino, o Estado ficará impossibilitado de fazer valer, efetivamente, a garantia de liberdade religiosa, posto que não será possível garantir o pleno exercício desta por aqueles estudantes que não tenham a sua fé representada nas aulas e que, logo, não poderão exercer seu direito de se matricular na disciplina. Tal situação poderia ensejar, inclusive, grave situação na qual os estudantes cuja fé não tenha sido contemplada no currículo sentir-se-iam excluídos “por professarem crenças “diferentes” da maioria dos seus colegas [...], bem como produzir uma perniciosa diminuição de sua autoestima e estigmatização face à comunidade escolar” (BARROSO, 2017, p. 17).

4.3 ENSINO NÃO CONFSSIONAL COMO ÚNICA MODALIDADE EFETIVAMENTE COMPATÍVEL COM A ORDEM CONSTITUCIONAL

Conforme as reflexões aqui trabalhadas, evidenciou-se que as modalidades confessionais do ensino religioso extrapolam a limitação ao princípio da laicidade imposta pelo Poder Constituinte, ferindo diretamente a separação formal entre Estado e religião, a neutralidade estatal em matéria religiosa e, sobretudo, o direito fundamental à garantia de exercício da liberdade religiosa. Desta forma, permitir-se a adoção de tais modalidades de ensino violaria diretamente os preceitos constitucionais apresentados, constituindo-se, assim, evidente inconstitucionalidade.

Vale ressaltar que próprio Ministro Alexandre de Moraes, redator do voto-divergência seguido pelos demais ministros que acabou por julgar improcedente a ação, já havia consagrado em sua obra, tacitamente, que o ensino religioso só se compatibiliza com os princípios e valores emanados pela Constituição Federal quando ministrado de maneira não confessional, pois

Dessa forma, destaca-se uma dupla garantia constitucional. Primeiramente, não se poderá instituir nas escolas públicas o ensino religioso de uma única religião, nem tampouco pretender-se doutrinar os alunos a essa ou àquela fé. A norma constitucional pretende, implicitamente, que o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé. Em segundo lugar, a Constituição garante a liberdade das pessoas em matricular-se ou não, uma vez que, conforme já salientado, a plena liberdade religiosa consiste também na liberdade ao ateísmo. (MORAES, 2014, p. 49)

Nesse sentido, em verdadeira síntese do entendimento construído ao longo deste trabalho, é possível depreender que

Pelas razões acima deduzidas, a conclusão a que se chega é que somente o ensino religioso não confessional, ministrado de modo plural, objetivo e neutro – i.e., sem que as crenças e cosmovisões sejam transmitidas como verdadeiras ou falsas, boas ou más, certas ou erradas, melhores ou piores –, permite realizar o princípio da laicidade estatal, bem como garantir a liberdade religiosa e a igualdade. (BARROSO, 2017, p. 17-18)

Portanto, inevitável reconhecer que a única modalidade de ensino religioso que se mostra efetivamente compatível com a ordem jurídica erigida pela Constituição Federal de 1988 é a não confessional, pois apenas esta é capaz de se amoldar aos aspectos do princípio da laicidade do Estado, de forma que permite o exercício da liberdade religiosa de forma mais efetiva, observando o pluralismo de ideias, o respeito e a tolerância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, entende-se que decisão do Supremo Tribunal Federal na análise da ADI nº 4.439/DF, que julgou improcedente o pedido de interpretação conforme a Constituição dos dispositivos legais que versam sobre o ensino religioso, possibilitando o implemento das modalidades confessional e semiconfessional de ensino; violou o princípio da laicidade do Estado, presente no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e, portanto, mostrou-se inconstitucional.

Nesse sentido, vale dizer que a análise dos dados fornecidos pelo IBGE, relativos principalmente ao Censo 2010, atestam de maneira objetiva a forte tendência de diminuição no número de fiéis do Catolicismo Romano, histórica e socialmente hegemônica no Brasil; e o aumento no número de fiéis de várias outras manifestações religiosas e dos grupos que se consideram sem religião, demonstrando o aumento da diversidade religiosa pela qual o país vem passando, que se intensificou nos últimos anos.

Igualmente, a análise histórica do ensino religioso aqui empreendida comprovou que este foi largamente utilizado como um mecanismo de manutenção de poder e ideologia do Estado, bem como perpetuação da força da religião historicamente hegemônica – o Catolicismo Romano –, mesmo já em tempos ao menos pretensamente laicos. No entanto, é possível notar também que, apesar deste forte vínculo histórico, o desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio caminha, mesmo que a passos lentos, na direção da laicidade, buscando acompanhar o incremento da liberdade e diversidade religiosas. Tal fato é demonstrado, para além das disposições constitucionais, pelo advento da Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997, que, ao dar nova redação ao artigo 33 da LDB, buscou prover a devida efetividade aos preceitos da laicidade do Estado e da garantia de liberdade religiosa, retirando a previsão da confessionalidade do ensino religioso nas escolas públicas.

Outrossim, adentrando-se aos termos professados quando do julgamento da ação em análise, observa-se que os argumentos trazidos pela defesa da adoção das modalidades confessionais do ensino basicamente confundem os métodos e características das modalidades, não conseguem afastar efetivamente a ocorrência de proselitismo religioso nas escolas públicas, bem como, sobretudo, demonstram pouca ou nenhuma efetividade da adoção de tais modalidades em face do dever do Estado de garantir o pleno exercício da liberdade religiosa. Logo, a adoção das referidas modalidades viola o princípio da laicidade do Estado em todos os seus aspectos, criando vínculos entre Estado e confissões religiosas, afastando a neutralidade estatal em relação às posições religiosas e não religiosas e, por fim, impedindo o Estado de efetivar a garantia liberdade religiosa.

Portanto, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF, além de juridicamente constituir evidente inconstitucionalidade; representa uma atuação em contraposição ao fomento da liberdade e diversidade religiosas observadas no Brasil nos últimos anos, de forma que se acaba por restringir a garantia de liberdade religiosa, mitigando-se o desenvolvimento da diversidade e, assim, reforçando exclusão e discriminações religiosas das mais variadas formas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Presidência da República, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Presidência da República, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Presidência da República, Brasília, DF, 24 jan. 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. *Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008*. Presidência da República, Brasília, DF, 12 fev. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei de 15 de outubro de 1827. *Manda crear escolas de primeiras letras em todas as cidades, villas e logares mais populosos do Imperio*. Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro, RJ, 31 out. 1827. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. *Fixa as diretrizes e bases da educação nacional*. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 27 dez. 1961. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971. *Fixa diretrizes e bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências*. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 12

- ago. 1971. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Presidência da República, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997. *Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Presidência da República, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9475.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4439/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017. Brasília-DF, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- CAETANO, Maria Cristina. *O Ensino Religioso e a formação de seus professores: dificuldades e perspectivas*. 2007. 385f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG.
- DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: Unesco/ Letras Livres/ UnB, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010. Brasil, 2010*. Disponível em: <https://www2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia_tab_ods.shtm>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião*. Brasil, 2012. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias=-censo?id3=&idnoticia2170=&view-noticia>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. e-Pub.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas*. Brasil, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- TOMAZ, Loyana Lima; TOMAZ, Rozaine Fontes. *Laicidade e religião: um percurso histórico da disciplina ensino religioso no Brasil*. Trilhas Pedagógicas, v. 6, n. 6. Ago. 2016, p. 131-150.

O INSTITUTO DO CARTÃO DE CRÉDITO À LUZ DAS RELAÇÕES FINANCEIRA, EMPRESARIAL E CONSUMERISTA

THE INSTITUTE OF THE CREDIT CARD IN THE LIGHT OF FINANCIAL, BUSINESS AND CONSUMER RELATIONS

Artigo
Científico

Gabriel Cavalcante Cortez*

Resumo: O objetivo deste trabalho consiste em analisar o instituto do cartão de crédito em sua gênese e com seus desdobramentos. Com o desenvolvimento aprimorado e acelerado da sociedade, compra e financiamento passaram por adaptações para promover agilidade e satisfação às relações de consumo, empresariais e financeiras. Desse modo, tem-se como relevante o estudo destes vínculos jurídicos, pois consumidores, fornecedores, empresas e instituições financeiras participam entre si, em interações diretas e indiretas, estando todos interconectados em uma cadeia de satisfação do crédito e das necessidades do consumo e da atividade empresarial. Desde o surgimento moderno no continente europeu, o cartão de crédito passou por modificações para nos ser apresentado nos dias atuais. Acerca da sua natureza jurídica, apresenta-se duas teorias para tentar definir a sua origem, título de crédito ou cessão de crédito. Apresenta a modalidade bancária e não bancária. Sob a ótica contratual, pode-se desmembrar em três ângulos os sujeitos presentes nesta relação, os quais são titular, fornecedor e administradora do cartão de crédito. Em decorrência do uso do cartão, há custos a serem pagos para ter sua total utilização disponível. Há vantagens e desvantagens a ele inerentes, como em qualquer instituto jurídico-empresarial. É considerado atividade financeira devido ao fato da administradora do cartão ser uma instituição financeira. A segurança deste meio de compra é alta. Além de legislações genéricas para a normatização positiva da matéria, o contrato faz lei entre as partes. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, baseando-se na revisão de literatura e verificação jurisprudencial.

Palavras-chave: Cartão de crédito. Contratos. Direito Empresarial. Instituição financeira. Juros e encargos contratuais.

Abstract: *The objective of this work is to analyze the credit card institute in its genesis and with its developments. With the improved and accelerated development of society, purchase and financing have undergone adaptations to promote agility and satisfaction to consumer, business and financial relations. Therefore, it is relevant to study these legal links, since consumers, suppliers, companies and financial institutions participate in direct and indirect interactions, all of which are interconnected in a chain of credit satisfaction and the needs of consumption and business activity. Since the modern emergence on the European continent, credit card has undergone modifications to be presented to us today. Regarding its legal nature, two theories are presented to try to*

* Acadêmico do 4º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário voluntário junto ao Gabinete da Substituição no Fórum de Cambé/PR, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Monitor do curso de pós-graduação "stricto sensu", a nível de especialização em Direito Previdenciário, vinculado à UEL. Membro e colaborador de diversos projetos de pesquisa e extensão pela UEL. Curriculum Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/4876991864427429>>. E-mail: gabrielcortez442@gmail.com

define their origin, title of credit or assignment of credit. It presents the banking modality and not banking. Under the contractual point of view, it is possible to dismember in three angles the subjects present in this relationship, who are the owner, supplier and administrator of the credit card. As a result of the use of the card, there are costs to be paid to have your total use available. There are inherent advantages and disadvantages to it, as in any legal-business institute. It is considered financial activity due to the fact that the card company is a financial institution. The security of this means of purchase is high. In addition to generic legislation for the positive normalization of the matter, the contract makes a law between the parties. The method used is hypothetico-deductive, based on literature review and jurisprudential verification.

Key-words: Credit card. Contracts. Business Law. Financial institution. Interest and contractual charges.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho consiste em perquirir a respeito da temática do cartão de crédito, seu instituto, atividades desempenhadas e todo o complexo que envolve a relação constituída ao redor do cartão de plástico com tarja magnética.

Originado de complexos hoteleiros europeus na década de 1950, o cartão do “bom pagador” caiu no gosto dos estadunidenses e logo teve seu uso difundido e também modificado, com o escopo de atender as novas demandas e realidades empresariais e/ou consumeristas. O Brasil foi pioneiro na América Latina em acolher o uso do cartão de crédito.

A sociedade de consumo atrai o uso desta forma de pagamento rápida e prática em prol do consumidor, do fornecedor e da instituição financeira operadora do sistema. Para o consumidor, a vantagem é evidente ao poder possuir o produto ou o serviço que anseia em pouco tempo, sem necessidade de desembolsar papel-moeda suficiente para a aquisição do bem ou serviço. No olhar empresarial, os pagamentos aos fornecedores, negociações e recebimento de pagamento conferem destreza e rapidez quando a negociação adquire ares surpreendentemente volúveis. Tem-se também a participação de instituição financeira operando o sistema de disponibilização de crédito e quitação do débito, a qual contribuiu para o Sistema Financeiro Nacional e fornece a viabilidade necessária para que consumidores e empresas possam fazer uso do cartão de crédito.

Tendo natureza jurídica indefinida, há quem defenda ser uma espécie atípica de título de crédito ou como sendo uma cessão de crédito. Por ser a administradora do cartão de crédito instituição financeira que permite ao titular poder limitado de compra e ao fornecedor capacidade de vendas, a atividade é própria do sistema financeiro. A relação jurídica vincula titular, fornecedor e administradora do cartão, podendo ser desmembrada em pequenas esferas menores para melhor entendimento.

Desmistifica-se o cartão de crédito como sinônimo imediato de abusividade devido aos juros e aos encargos cobrados ao titular, previstos no contrato de adesão e respeitados os limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional.

O uso alargado do cartão de crédito representa agilidade, rapidez e oportunidade para os empresários, os quais se dependessem do papel-moeda ou de títulos de crédito teriam seus negócios diminuídos bruscamente.

2 CONCEITO DE CARTÃO DE CRÉDITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Dentre as modalidades de título de crédito, o qual representa alternativa facilitadora às operações mercantis e empresariais em que o comprador não dispõe momentaneamente de recursos monetários e financeiros para saldar seu débito, e sem essa medida o setor negocial estaria gravemente comprometido, está o cartão de crédito. É medida contemporânea ou pós-moderna¹, cujo conceito gira em torno de um conjunto de relações jurídicas com escopo de otimizar os negócios pela simplificação e segurança, bem como facilitar a compra e venda entre particulares, além de dar garantia ao fornecedor (FAZZIO JÚNIOR, 2016). Consiste em instrumento de realização de atividades que não aconteceriam se não houvesse o pagamento presente no momento. Oferece celeridade, característica indispensável para acompanhar as relações jurídicas de nossa atual realidade marcada pelo dinamismo social. A vantagem é tanta que o essencial da análise do negócio provido e gerido pelo cartão de crédito é que sua utilização facilita a concessão de crédito feita pelo fornecedor ao titular (COELHO, 2016).

Quanto à evolução histórica, por ser um título de crédito, sua origem está acoplada na Baixa Idade Média, quando se deu as práticas mercantis entre regiões e continentes – período das Grandes Navegações.

Os cartões de crédito surgiram, em suas diversas modalidades, como uma notável evolução na prática das relações de troca e de consumo. Com efeito, se a passagem da economia de escambo para a economia monetária constituiu uma verdadeira revolução nas relações comerciais, não menos revolucionária é a tendência, hoje verificada, de substituição gradativa da moeda, ou mesmo do cheque, pelo cartão de crédito, como autêntico, *meio de pagamento*. Se com a introdução do cheque passamos à economia da sociedade sem papel-moeda (*cashless society*), com os cartões de crédito ingressamos na chamada era da *checkless society* [era sem cheque] (EIZIRIK apud FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 455).

No entanto, diferencia-se dos demais títulos de crédito por fazer parte desta relação jurídica uma instituição financeira ou bancária, a qual se obriga perante pessoa física ou jurídica a pagar o crédito concedido a esta por terceiro, descontando posteriormente o valor da conta bancária deste (COELHO, 2016). Um instituto bastante similar é o cheque, também título de crédito. Em regra, o cheque é uma ordem de pagamento à vista, porém, caiu-se no uso comum a possibilidade de parcelamento da compra em cheques pré-datados. Esta possibilidade está prevista no art. 32 da Lei nº 7.357/1985 (Lei do Cheque). Para que haja o uso do cheque como forma de

¹ Com relação à terminologia quanto à atual fase da História em que estamos inseridos, discute-se no campo da História e da Sociologia se é mais adequado a nomenclatura 'pós-moderna' ou 'contemporânea', visto que este último representa o momento presente que se vive. Em todos os momentos da vida humana, desde a Pré-História, os seres humanos viviam em sua contemporaneidade, em seu próprio presente.

pagamento, o sacador deve manter conta corrente aberta junto a banco de sua preferência, com fundos existentes ou com previsão certa e futura de existir, como no caso o pagamento mensal do salário.

Quanto aos sujeitos desta relação trilateral, aquele que emite o cheque com a ordem de pagamento chama-se sacador (consumidor). Quem recebe este documento como forma de pagamento é o tomador (fornecedor). E o responsável de realizar o pagamento é o sacado (instituição financeira/operadora de crédito), que o faz segundo valores constantes na conta bancária do sacador.

O cheque respeita o princípio da cartularidade, o qual é expresso em documento físico, a cártula confeccionada pela instituição financeira segundo as diretrizes do Banco Central (BACEN). Contudo, nota-se o desuso crescente deste título de crédito junto às práticas negociais, em ascensão do cartão de crédito.

Muito embora o cartão de crédito conte com o consumidor, a empresa e a instituição financeira, seu uso atrai facilidades concomitantes às relações virtuais, cibernéticas. Isto porque não é necessário preencher o documento e nem é preciso ter conta em banco, bastando que a fatura seja paga quando de seu vencimento. A facilidade da tarjeta magnética gera segurança em caso de furto ou roubo, o que não se pode dizer do cheque, que possui maior chance de ser fraudado.

A instituição financeira assume a posição de emissora, enquanto a pessoa que celebrou o pagamento via cartão de crédito é a titular; a empresa que recebeu o pagamento é dita como fornecedora. Constitui contrato bancário devido ao fato da instituição financeira ensejar o pagamento ao titular e ao fornecedor. Assim, se o titular opta por pagar o valor à vista, o banco descontará a quantia integral e transferirá para o fornecedor, que terá a obrigação de dar, fazer ou não fazer, conforme o estabelecido na compra; também pode o titular preferir pagar em parcelas, opção esta que o banco acarretará direta ou indiretamente juros, comissões e correção monetária em cima do valor de cada parcela. Recebendo os comprovantes, isto é, as notas de venda (recibos de pagamento), o fornecedor pode negociar o recebimento antecipado, com deduções equivalentes ao pagamento de juros e encargos (COELHO, 2016).

O conceito de cartão de crédito como um cartão de plástico – instrumento operacional da transação econômica –, surgiu no começo do século XX na Europa. Em 1914, cartões de credenciamento ou popularmente conhecidos como “cartões do bom pagador” começaram a circular por um grupo de hotéis na Alemanha, Inglaterra e França, destinado às finalidades de seus clientes.

Por volta de 1914, no continente Europeu, surgiu os cartões de credenciamento ou bom pagador, utilizados por empresas hoteleiras, na França, Inglaterra e Alemanha, para uso exclusivo de seus clientes, que recebiam uma credencial, permitindo debitar os gastos de hospedagem e alimentação, para pagamento posterior a data da despesas realizadas (MORAES, 2004, p. 10-11).

O cartão do bom pagador era utilizado pelos clientes do hotel para facilitar os gastos com a hospedagem, alimentação e demais serviços inclusos justamente com

o escopo de facilitar a utilização do serviço. O pagamento ficara posterior à fruição, com garantias asseguradas caso não fosse realizado. Não tardou para que o sistema entrasse no gosto dos empresários europeus, e a revolução creditícia foi tanta que empresas de combustíveis como a Texaco, em suas conveniências, passaram a ser adeptas do cartão de crédito (MORAES, 2004).

No Brasil, o cartão de crédito foi introduzido pela instituição financeira estadunidense “*Diners Club*” entre as décadas de 1960 e 1970, sendo o país pioneiro na América Latina a utilizar esta nova forma negocial de pagamento (LACERDA FILHO *apud* BRANCO, 1998). Em 1956 os empresários brasileiros HabusTauber e Horácio Piva, em viagem feita aos Estados Unidos da América, adquiriram a franquia do “*Diners Club*”, iniciando a popularização e a crescente e gradativa demanda acerca do cartão de crédito no país (FAZZIO JÚNIOR, 2011a).

O pagamento é descontado da compensação salarial no final do mês, através de boleto bancário, direto da conta bancária. Dessa forma, a empresa associa-se à instituição financeira para facilitar a operação, além de ser mais vantajoso para ambas. Maria Bernadete MIRANDA (2010) explica que:

Cartão de crédito é uma forma de pagamento, que pode ser eletrônica ou não. Quem o possui, pode fazer compras a crédito, isto é, comprar agora e pagar no futuro através de um boleto bancário. Em geral, a empresa emissora do cartão se associa a um banco ou outra instituição financeira, responsável pelo financiamento do crédito aberto para os titulares dos cartões. O cartão de crédito possui ainda um “*plafond*”, que significa limite de crédito. É uma linha de crédito “*revolving*”, pois o crédito vai-se renovando à medida que o cliente vai liquidando as dívidas. Quando a dívida é extinta volta a ter o “*plafond*” inicial total, podendo utilizar sempre que desejar.

Todo cartão tem seu limite creditício, isto é, a margem possível para que a pessoa física ou jurídica realize suas compras garantindo o pagamento dos valores. Limita-se justamente com o intuito de coibir fraudes. Quando o valor integral ou das parcelas é efetuado, tal quantia correspondente é liberada novamente para que o sujeito possa utilizar o instrumento facilitador de operações financeiras e empresariais.

A vantagem para o empresário é que ele não despende tempo nem recursos em cogitações acerca das condições de solvência do adquirente, uma vez que a empresa emissora do cartão (a bandeira que leva o cartão de crédito) garante o pagamento do débito emergente da operação negocial (FAZZIO JÚNIOR, 2008). A emissora regressará com ação em face do adquirente de má-fé ou insolvente.

O instituto do cartão de crédito cresce gradativamente na seara empresarial. Por essa importância, foi incorporado pela Lei do Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105/2001). As operações e serviços realizados pelas administradoras de crédito e seus titulares dizem respeito somente a eles em suas relações mormente bilaterais, devendo serem resguardadas em relação a terceiros, exceto sob ordem judicial, como aduz o artigo 1º, § 4º:

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I – de terrorismo;
- II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV – de extorsão mediante seqüestro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI – contra a Administração Pública;
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX – praticado por organização criminosa.

Pode ainda o fornecedor recusar conceder o pagamento mediante cartão de crédito aos consumidores, ainda que seja credenciado, por entender ser mais interessante e benéfico a utilização do cartão de crédito mediante valores mínimos de compra. Poderá ser questionado pelo banco, mas em relação ao titular não haverá nenhuma obrigação ou responsabilidade de realizar a transação pelo cartão creditício.

Cabe ressaltar que o fornecedor não está obrigado a conceder crédito a seus consumidores. Portanto, não se pode obrigá-lo a aceitar pagamento mediante cartão de crédito. Mesmo o fornecedor credenciado pode condicionar a aceitação do cartão de crédito a valores mínimos de compra, para que a transação conserve o interesse para a sua empresa. Eventualmente, ele poderá responder perante a sociedade emissora, que o descredenciará ou cobrará multa contratual. Mas perante o titular, nenhuma responsabilidade advém ao fornecedor credenciado pela recusa na aceitação do cartão de crédito (COELHO, 2016, p. 395).

Nesse diapasão, entende-se que o uso do cartão de crédito pelo estabelecimento comercial não é obrigatório, é facultativo. O pagamento com esta modalidade acima de valores pré-determinados pelo empresário é livre, pois assim a transação será mais lucrativa e interessante para sua empresa.

2.1 Importância na seara empresarial

A importância do instituto do cartão de crédito no ramo do Direito Empresarial é notória. Facilita o pagamento, uma vez que a pessoa não precisa dispor no momento de dinheiro, cheque ou fundos bancários para efetuar a operação. (FAZZIO JÚNIOR, 2016).

Além do mais, a possibilidade real do financiamento – pagamento em data futura e pré-fixada à aquisição/prestação do bem ou serviço – é amplamente levada em conta quando do uso do cartão de crédito.

Os Cartões de Crédito surgiram como forma de (i) diminuir os riscos do transporte do dinheiro em espécie, (ii) garantir que as pessoas consigam adquirir bens ou serviços quando tenham necessidade mas indisponham de dinheiro em mãos, e (iii) democratizar o crédito a curto e médio prazo, permitindo que as pessoas evitem o desembolso imediato de dinheiro. A própria jurisprudência reconhece sua função primordial como sendo a de expansão do crédito, o que impacta diretamente no comércio e que permite o financiamento, com pagamento por bens e serviços em data posterior à de sua aquisição/prestação (NASCIMENTO, *online*, 2014).

O entendimento é de que devido ao dinamismo e à complexidade sociais presentes no setor empresarial e econômico da sociedade, as relações empresariais, jurídicas, bem como a forma de pagamento devem acompanhar e facilitar a realização das mesmas. Caso contrário, a oportunidade de investimentos, compras, contratos, o próprio desenvolvimento cairiam por terra e estariam comprometidos

3 NATUREZA JURÍDICA E MODALIDADES

Não há exata determinação quanto à natureza jurídica do cartão de crédito, sendo o pensamento dividido entre a doutrina empresarial, visto que a multiplicidade de pessoas neste negócio jurídico torna complexa a questão. O contrato de cartão de crédito vincula o titular/usuário do cartão de crédito, a empresa responsável/administradora pelo cartão de crédito e o fornecedor. Sob a ótica negocial, pode-se entender que dentro deste contrato “trilateral” há análises cuja incidência dê-se na esfera: a) usuário e administradora; b) administradora e fornecedor; c) usuário e fornecedor. Na última modalidade cabem as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), por se tratar de relação consumerista (GUIMARÃES, 2009). Nota-se a presença majoritária da figura do consumidor junto ao instituto do cartão de crédito, posto que é a peça fundamental de acesso a bens e serviços oferecidos pelos fornecedores.

3.1 Título de crédito

Para um lado da doutrina, o cartão de crédito pode ser equiparado como uma espécie de título de crédito (BRANCO *apud* MORAES, 2004). Para quem defenda esta tese, o cartão de crédito permite a celeridade das relações consumeristas e empresariais sem a necessidade de dispor de patrimônio suficiente no momento da celebração do negócio, característica esta pertencente aos títulos de crédito.

A legitimidade de cobrar o valor cambial pela administradora do cartão recai tão somente na pessoa do titular do mesmo, exigindo-se dele o cumprimento da obrigação de pagar o débito firmado.

[...] enquanto no cartão de crédito aquele que o utiliza nem sempre é o integrante do sistema, pois podem ser emitidos cartões para uso de terceiros, recai a responsabilidade ante o titular, integrante do sistema, nos títulos de crédito, para que alguém possa assumir obrigações por outrem, há necessidade de um

endosso-mandato, com consequências jurídicas extremamente distintas. Se não há cartularidade, quanto mais literalidade, autonomia e abstração, resultando em não constituir um título de crédito (BRANCO *apud* MORAES, 2004, p. 49).

Desse modo, os princípios da legitimidade ou da exigibilidade do pagamento, da cartularidade, da literalidade, da autonomia e da abstração não integram o instituto do cartão de crédito. O que assemelha aos títulos de crédito é a facilidade no pagamento, exclusivamente. Do mais, não há meios que embasam esta classificação.

3.2 Cessão de crédito

Por outro lado, há quem defenda a ideia do cartão de crédito ser espécie da cessão de crédito (MARTINS *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2016). A cessão de crédito é instituto emprestado do Direito Civil, mais especificamente do Direito Obrigacional.

Cessão de crédito é negócio jurídico bilateral, pelo qual o credor transfere a outrem seus direitos na relação obrigacional. Trata-se de um dos mais importantes instrumentos da vida econômica atual, especialmente na modalidade de desconto bancário, pelo qual o comerciante transfere seus créditos a uma instituição financeira. Tem feição nitidamente contratual (GONÇALVES, 2012, p. 217).

A transferência da posição do credor para outra pessoa configura a cessão de crédito, onde um terceiro passa a ser o credor na relação jurídica já existente.

Nesse negócio, o crédito é transferido íntegro, intacto, tal como contraído; mantém-se o mesmo objeto da obrigação. Há apenas uma modificação do sujeito ativo, um outro credor assume a posição negocial.

A lei permite a cessão de crédito, de maneira geral. Por exceção, não podem ser cedidos créditos inalienáveis por natureza, por lei, ou por convenção com o devedor (VENOSA, 2017, p. 154).

Conforme o entendimento da seara cível, cessão de crédito é conceituada por negócio jurídico no mínimo bilateral, em que o credor transfere seus direitos sobre o bem e/ou o serviço a outro na relação jurídica. No cartão de crédito, figura como credor o fornecedor do bem ou do serviço, o qual transfere ao titular ou usuário do cartão de crédito os direitos de uso, gozo, posse e/ou propriedade sobre o objeto da relação. Ainda que o contrato principal seja sobre a aquisição do bem, a cessão de crédito está acoplada, pois expressamente registra as novas posições contratuais, isto é, delimita quem é o novo detentor de total direito sobre a coisa, quem tem a obrigação de entregar ou atender reclamações referentes à coisa e quem receberá o correspondente pecuniário (BRANCO *apud* MORAES, 2004). Neste entendimento, os atores são usuário do cartão e fornecedor do objeto do pagamento. Incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor por tratar-se de relação consumerista, isto é, um dos lados é o consumidor, hipossuficiente diante do fornecedor, empresa cujo alvo recai na obtenção do lucro em primazia da satisfação do cliente.

Dentro da análise que envolve a administradora, a qual fica responsável pelo pagamento de seus usuários ao fornecedor,

No nosso entender, a obrigação do emissor de pagar as dívidas dos titulares, correndo o risco pelo não reembolso, é uma decorrência da cessão de crédito que prometeu aceitar em relação às despesas dos seus credenciados. É por essa razão que, ao agir o emissor contra o titular, na cobrança das despesas, não o faz em nome do fornecedor, mas em nome próprio, como verdadeiro e único credor que é (MARTINS *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 395).

Ao realizar determinada compra valendo-se do cartão de crédito, o usuário assume a obrigação e a responsabilidade de pagar pelo valor correspondente. Desconta-se do limite ofertado pela emissora do cartão, a qual imediatamente efetiva o pagamento ao fornecedor, enquanto espera o pagamento pelo titular do cartão. Nesse deslocamento de pagamento intermediado, o titular, através de um contrato feito com o emissor, se obriga a pagar a este os débitos que fizer com o uso do cartão, valendo essa obrigação como o conhecimento que o titular tem de que o seu débito será transferido ao emissor, fato esse reafirmado no contrato do emissor com o fornecedor, quando este se obriga a não cobrar do titular os débitos por estes contraídos com o uso do cartão.

3.3 Modalidades

Há duas modalidades de cartão de crédito: a financeira e a varejista. O cartão de crédito convencional ou também chamado de bancário ou financeiro, aquele em que a maior parte das operações consumeristas e empresariais é realizada, é emitido pela instituição financeira – a administradora do cartão (FAZZIO JÚNIOR, 2011b). Dentre as suas vantagens e funções de uso está a aquisição de bens e/ou serviços e a realização de pagamentos. Já o cartão de crédito varejista, não bancário, de credenciamento ou de loja, são os emitidos por grandes lojas do setor empresarial, e apresenta como escopo dar vantagens e exclusividades aos seus clientes que se filiar a ele.

Mencionem-se, de igual modo, os cartões emitidos em associação com entidades não financeiras (*co-brandedcard* ou *affinitycard*), propiciando aos seus titulares diversas vantagens, por exemplo, descontos, prioridade no atendimento, pagamento em prestações, concessão de pontos, milhagem etc. Seu objetivo é a fidelização de clientes (FAZZIO JÚNIOR, 2011b, p. 38).

Podendo contar ou não com a participação de bancos, os cartões não bancários (não emitidos por instituições financeiras) possuem como alvo a aquisição de seus clientes e de novos clientes às suas regras, apresentando vantagens e benefícios a todo aquele que se filiar ao seu sistema.

4 RELAÇÃO ENTRE OPERADORA, TITULAR E LOJISTA E DEMAIS CONTRATOS

A relação básica envolvendo estas três pessoas na relação contratual, empresarial e/ou consumerista pode ser entendida como uma relação de intermediação.

A regulamentação jurídica compete às legislações cíveis, empresariais e consumeristas (BRANCO, 1998). A empresa responsável pelo cartão de crédito tem o seu trabalho equiparado a uma ponte, pois conecta cliente e fornecedor através do meio de pagamento seguro, eficaz, eficiente e dinâmico.

A empresa administradora é um intermediário de quem depende toda a existência do sistema. Realiza o empreendimento, seleciona titulares do cartão, credencia sociedades mercantis, comerciantes e prestadores de serviços, que serão fornecedores dos bens, dominando economicamente todas as posições. Além disso, sustenta normativamente o sistema, estabelecendo as regras de funcionamento do cartão tanto para fornecedores quanto para titulares, fixando os deveres contratuais e as possibilidades de negociação através de condições gerais dos negócios e de instrumentos de adesão (BRANCO *apud* MORAES, *online*, 2004).

Destarte, entende-se que todo o sistema que gira em torno da compra, venda e entrega por meio do cartão de crédito só é possível tendo em vista a empresa responsável pela emissão e repasse de valores atinentes ao cartão de crédito. São critérios objetivos por meio dos quais esta escolhe pessoas aptas a usarem o cartão, pois o risco de elas serem fraudulentas é menor. Também são selecionadas as empresas prestadoras de serviço e/ou fornecedoras de bens confiáveis a repassar os devidos valores em forma da compra em si, em conformidade com os tributos atinentes ao Fisco e assim por diante. Estabelece regras para ambas as partes, justamente para ter equilíbrio no sistema.

4.1 Administradora e Fornecedor

No contrato de cartão de crédito, é possível focar a análise entre as partes convencionadas como a administradora do cartão de crédito e a empresa responsável em fornecer, vender ou prestar o bem ou serviço ao cliente, o qual é titular do cartão de crédito. É o contrato tipicamente empresarial, dentro das outras análises contratuais do instituto do cartão de crédito (BRANCO, 1998).

A sociedade operadora do cartão de crédito estabelece junto com o empresário uma relação jurídica, contratual, em que ambas as partes saiam vencendo e lucrando em máxima paridade possível. A operadora do cartão de crédito é obrigada, neste contrato, a fornecer o sistema e a máquina onde se faz as transações financeiras, bem ainda prestar serviços inerentes a essa atividade, como captar, transmitir, processar e liquidar as transações, além de repassar os valores devidos ao empresário (GOMES JÚNIOR, 2004). O sistema ofertado pela administradora do cartão de crédito é popularmente conhecido como “estação”, isto é, consiste na atividade consumerista em si, responsável por realizar a transação e comunicar a bandeira do cartão sobre a operação feita. Por sua vez, a máquina emite o comprovante para o cliente e para o fornecedor. O comprovante² é

² Também conhecida como nota fiscal, “é um tipo de documento que comprova que você comprou ou alugou determinado serviço ou produto, quanto pagou, em que estabelecimento, além de ser fundamental para fazer valer os direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor como, por exemplo, em caso de defeito ou outras avarias que não deveriam ter no produto.” Disponível em: <<http://www.consultarnotafiscal.com.br/nota-fiscal-qual-via-e-do-cliente/>>.

prova documental caso ocorra algum não repasse de valor ao fornecedor por parte da administradora do cartão.

A referida "estação" é o equipamento de processamento de dados e captura de transações das operações comerciais pagas com os ditos cartões, serve então para: (i) capturar e autorizar eletronicamente as transações mediante comunicação direta com os emissores de cartão com a bandeira da operadora e (ii) emitir comprovante de venda, no qual consta o código autorizador da transação. A "maquineta", por sua vez, serve para imprimir o referido comprovante (GOMES JÚNIOR, online, 2004).

No contrato entre emissora do cartão de crédito e fornecedor do bem ou do serviço, há alguns elementos básicos para a devida caracterização da relação jurídica negocial contratual.

No contrato entre o emissor e o fornecedor, temos as seguintes relações: a) o fornecedor terá que pagar uma taxa de filiação ao emissor; b) o emissor deverá pagar ao fornecedor o valor da fatura; c) o fornecedor é obrigado a dar quitação ao titular do cartão assim que ele assinar a nota fiscal; d) o fornecedor deverá pagar ao emissor uma comissão que variada sobre o valor da fatura; e) o fornecedor se compromete perante o emissor a comunicar se o valor da despesa é maior do que o limite do crédito e também a autenticidade da assinatura (MIRANDA, 2010, p. 08).

Verifica-se a presença de obrigações para ambos os lados desta relação. Cabe ao empresário pagar uma taxa de aderência ao serviço ofertado pela administradora do cartão de crédito. Na contrapartida, a administradora deverá pagar integralmente o valor das operações realizadas. Ambos possuem direitos, deveres e obrigações um com o outro, como garantir a autenticidade das assinaturas e evitar fraudes na relação, como compras maiores do limite ofertado pelo cartão do cliente, não repasse de valores etc.

Há o estabelecimento de que o fornecedor aceitará como forma de pagamento de seu bem e/ou serviço ofertado a apresentação dos cartões de crédito sem aumento do valor, efetua-se a transação, e paga à administradora do cartão uma taxa de utilização de seus serviços; esta, por seu turno, fica incumbida de encaminhar fregueses e pagar todas as notas apresentadas (sub-rogação nos direitos do fornecedor), assumindo os riscos – atividade de risco, responsabilidade de risco – da cobrança contra o titular, desde que dentro dos limites permitidos (BRANCO, 1998).

Deveras salutar que não há a incidência do imposto municipal de prestação de serviços - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) –, em decorrência do recente entendimento jurisprudencial de que as atividades de emissão e administração de cartões de crédito não integram a lista de serviços tributados no Decreto-lei nº 406/68. O mesmo entendimento recai sobre o imposto estadual Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em que consta

expressa previsão na Súmula 237 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que os encargos relativos ao financiamento nas operações com cartão de crédito não são considerados no cálculo do ICMS (FAZZIO JÚNIOR, 2016). Quando há vícios ou irregularidades na prestação desse serviço, qual seja o devido repasse dos valores pertinentes ao empresário, é possível a este buscar em juízo os seus direitos violados.

A prova que comprova a referida situação são os comprovantes das transações comerciais/empresariais, as notas fiscais, visto que nelas há a informação do quanto foi o valor da compra e a quantia correspondente ao empresário, além do que é repassado ao Fisco para a tributação.

A atividade empresarial tem seus riscos inerentes ao negócio, pois não é certeza de que os lucros serão obtidos. No entanto, quando há vício na prestação de serviço por parte da administradora do cartão, o risco assumido não é inerente ao empresário/fornecedor, e sim à própria administradora, por se “voluntariar” a realizar atividade com certo risco envolvido.

Mesmo nos casos de *fraudes ou golpes*, por se tratar de operação de crédito autorizada pela administradora dos cartões a Justiça tem entendido que o empresário tem o direito ao ressarcimento. Ou seja, a administradora de cartões de crédito precisa assumir os riscos de seu negócio, sem transferir ao consumidor ou ao empresário os prejuízos de sua administração. Afinal, não é obrigação do lojista administrar cartões de crédito. Não poderá realizar o estorno do valor correspondente às vendas, prejudicando o empresário, sob a justificativa de haver *irregularidades nos cartões*. Por esse motivo, o empresário tem o direito de ser ressarcido pelos valores estornados ou não repassados, com correção monetária e juros (RIBAS, online, 2016).

Deste modo, o entendimento é de que a operadora do cartão de crédito é obrigada a ressarcir economicamente o fornecedor em decorrência de caso fortuito, força maior ou irregularidades e desvios no repasse dos valores devidos na relação jurídica firmada. Os riscos do negócio prestado pela administradora do cartão não podem prejudicar outras pessoas, cabendo responsabilização objetiva neste caso.

4.2 Administradora e Titular

A relação existente entre a administradora do cartão de crédito para com o titular do cartão de crédito é de cunho contratual adesivo. A empresa de cartão de crédito possui cláusulas bem definidas quanto à prestação de seus serviços, bastante a adesão do cliente. A disponibilidade de negociar fica restringida, já que não há a possibilidade de se discutir ou modificar substancialmente o conteúdo (PRETTI, 2002).

A parte hipossuficiente – cliente, titular – fica obrigado a pagar a taxa de uso do cartão³ de crédito e os valores de suas compras, enquanto a empresa creditícia

³ Cobra-se uma taxa percentual prevista no contrato de adesão, a qual diz respeito sobre a inclusão e a permanência do titular para com o cartão de crédito. A taxa está relacionada ao pagamento das despesas efetuadas e por outros benefícios concedidos pelo sistema da emissora do cartão de crédito.

é responsável por aumentar ou restringir o uso do rotativo do cartão conforme as despesas pagas ou em débito, além do bloqueio em caso de operações duvidosas e fraudulentas. A administradora fornece a capacidade de adquirir bens e/ou serviços em estabelecimentos credenciados a seus clientes, isto é, que utilizam a mesma bandeira do cartão de crédito, desde que comprovada a garantia de pagamento posterior após as compras. Por critérios da empresa, quem possui o cartão de crédito são pessoas selecionadas (MARTINS *apud* MORAES, 2004). Assevera-se que para ambas as partes há direitos e obrigações inerentes.

A regulamentação normativa para esta relação é praticamente inexistente, bastando as diretrizes emanadas em forma de resoluções pelo Banco Central (BACEN). No mais, o controle é exercido pela empresa do cartão de crédito, seja por estrito cumprimento do contrato celebrado – princípio clássico do *“pacta sunt servanda”* – ou da melhor disposição financeira na situação em questão. O entendimento do estrito cumprimento contratual possui amparo na jurisprudência que segue:

CIVIL. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTRA CORRENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS NÃO COMPROVADA. PROVAS CONSTANTES AOS AUTOS QUE INDICAM **RESPEITO AO CONTRATO FIRMADO PELAS PARTES** E ÀS REGRAS LEGAIS ATINENTES AOS CONTRATOS BANCÁRIOS. INCIDÊNCIA DE JUROS ACIMA DE 12% AO ANO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE TR. POSSIBILIDADE. MULTA FIXADA EM 2% PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES JUDICIAIS. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVADA**. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS AMBÍGUAS OU CONTRADITÓRIAS. AUTOR QUE NÃO INDICA INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE LHE FAVOREÇA. AUTOR QUE REALIZOU DOIS CONTRATOS DE CRÉDITOS ROTATIVO EM CONTA-CORRENTE, DEIXANDO SALDO NEGATIVO ELEVADO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL PELO AUTOR. CONHECIMENTO DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS PELAS PARTES. ÔNUS RECÍPROCOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

(TRF-5 – AC: 310619 SE 2001.85.00.004407-3. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. DJ: 03/06/2003. Quarta Turma. Data da Publicação no Diário Oficial de Justiça: 21/07/2003, p. 313) (grifo do autor).

A Justiça competente para julgar e dirimir os conflitos relacionados ao cartão de crédito é a Justiça Federal, pois o cartão de crédito é atividade financeira, e a atividade financeira é um dos componentes do Direito Financeiro, ramo autônomo do Direito Público. O entendimento jurisprudencial foi de que as cláusulas dispostas no contrato de adesão não são ambíguas ou contraditórias, e com o entendimento do homem médio pode-se haver o devido cumprimento sem ferir a parte hipossuficiente. Como houve reclamação acerca das cláusulas ditas como obscuras, o tribunal entendeu diferente e prevaleceu a ideia de que neste caso concreto o princípio contratual clássico do *“pacta sunt servanda”* deve ser respeitado em sua integralidade, e não flexibilizado.

Quanto ao procedimento do titular em aderir ao cartão de crédito⁴, é necessário cumprir alguns requisitos, quais sejam: a) assinatura do titular no contrato de adesão; b) análise da empresa sobre a possibilidade do possível titular em cumprir com os créditos e débitos; c) aprovada a solicitação, a empresa enviará um cartão de plástico bem característico para que o titular possa realizar suas operações; d) o pagamento da fatura mensal por meio de boleto bancário ou outro meio, referente aos gastos mensais e à taxa de utilização do cartão (BRANCO *apud* MORAES, 2004). Com relação ao procedimento obrigacional por parte da emissora do cartão de crédito, compete exclusivamente a esta: a) enviar o cartão ao titular, assim que aprovada as condicionantes de adesão ao contrato e aos requisitos garantidores de pagamento; b) pagar ao fornecedor as despesas feitas pelo titular nos estabelecimentos empresariais (ABRÃO *apud* MORAES, 2004).

4.3 Fornecedor e Titular

À luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Civil de 2002 (CC), a relação entre fornecedor e titular é regulamentada, pois o vínculo consumerista é nítido (BRANCO, 1998). Forma-se, portanto, um contrato de compra e venda ou prestação de serviços, figurando o titular do cartão como comprador-credor e o fornecedor como vendedor-credor.

Esta relação é disciplinada pelas normas tratadas na parte obrigacional do Direito Civil, por relacionar direitos, deveres e obrigações de ambas as partes e o pagamento. Efetuado o pagamento, extingue-se a relação jurídica existente entre fornecedor e titular.

[...] a obrigação já nasce com a finalidade de se extinguir. [...] A obrigação tem caráter de efemeridade. A obrigação cumpre seu papel de fazer circular a riqueza e, uma vez cumprida, exaure-se, ainda que outra obrigação idêntica venha a surgir posteriormente entre as mesmas partes.

Quando nada existe de anormal, de patológico, no cumprimento da obrigação, extingue-se pelo *pagamento*. O pagamento é, pois, o meio normal ou ordinário de extinção das obrigações (VENOSA, 2017, p. 193).

O objetivo da compra e venda e entrega de bem ou serviço é, pois, a sua efetivação. Não possui – geralmente – tendência a ser vínculo duradouro ou permanente, e sim temporário, efêmero; o tempo necessário para que a intenção do negócio realize-se. Esta é a via normal da obrigação: extingue-se pelo pagamento acordado pelas partes, qual seja especificado neste trabalho pelo cartão de crédito.

Nesta relação consumerista, a presença da nota fiscal como documento probante de efetuada a transação é indispensável de ser emitida em 4 (quatro) vias: a) a 1ª via acompanhará as mercadorias e será entregue ao destinatário; b) a 2ª via permanecerá fixa ao bloco; c) a 3ª via acompanhará as mercadorias para fins de controle

⁴ Contém o nome do titular, a logomarca do emissor e a bandeira credenciada, a data de validade, a tarja magnética para passar na máquina do estabelecimento empresarial e a assinatura do titular/cliente.

do Fisco na Unidade da Federação de destino; d) a 4ª via acompanhará a mercadoria fisco origem; e) A 5ª via (se existir) controle do emitente.

A nota fiscal comprova que a transação realmente ocorreu. Assim, caso a coisa ou o serviço apresente defeito, o consumidor possui direito respaldado em prova a ter assistência ou ressarcimento. Comprova junto à emissora do cartão de crédito que deverá haver a devida compensação bancária.

[...] cabe ao comerciante entregar uma cópia da nota, correspondente à operação efetuada ao usuário, e outra cópia à emissora do cartão (administradora). Deste modo, o fornecedor realiza uma operação fundamental para a posterior exigência, pelo emissor, do pagamento do preço ao usuário [...] (MORAES, 2004, p. 40).

Com a nota fiscal, o comerciante/fornecedor exige o seu pagamento junto à administradora do cartão de crédito. Sem a nota fiscal, não há outra prova substancial⁵ com valor probante que confirme a operação.

Destina-se certa parte para o controle do Fisco, o qual calculará e encaminhará aos tributos correspondentes aos entes federados e suas atribuições correspondentes (FERNANDES, 2015). Importante ressaltar a respeito do interesse público pertinente às relações particulares envolvidas da figura do cartão de crédito, quer pela expressividade, quer pela quantidade, os recursos tributados são revertidos à administração dos competentes entes federados para inserção em seus planos orçamentários.

5 SISTEMA FINANCEIRO

Devido ao fato do cartão de crédito corresponder a uma atividade financeira, sua realização está atrelada com a vida e desenvolvimento econômico do país. É pelo contrato do cartão de crédito que a emissora, representante de uma instituição financeira, se obriga perante a pessoa física ou jurídica a pagar crédito concedido a esta por terceiro – empresário/fornecedor devidamente credenciado junto à emissora (COELHO, 2005). Como a administradora do cartão de crédito faz o intermédio entre titular e fornecedor, e como ela é uma instituição financeira, a atividade aqui desenvolvida é tipicamente financeira-empresarial-consumerista.

É entendimento pacificado nos tribunais de que a empresa responsável pelo cartão de crédito corresponde a uma instituição financeira.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 283. As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura (BRASIL, Súmula 283, STJ).

Por isso, o Conselho Monetário Nacional (CMN), através de portarias e resoluções,

⁵ Em paralelo, faz alusão ao artigo 406 do Código de Processo Civil, o qual diz que “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.” Assim, a analogia faz-se no entendimento de que não há outro meio de prova a não ser a nota fiscal.

disciplina diretrizes gerais no que diz respeito à utilização e aproveitamento do crédito dentro do campo econômico.

O Conselho Monetário Nacional foi criado em 1964, através da Lei nº 4.595/64, com entrada em vigor no ano seguinte, respeitado o período da “vacatio legis”. Sua função é, segundo o Banco Central do Brasil (BACEN), de formular a política da moeda e do crédito, tendo como objetivos principais a estabilidade e o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Possui atividade de fiscalização e de controle (2017).

Em recente Resolução que aponta novas diretrizes que dizem respeito ao instituto do cartão de crédito – Resolução nº 4.549, de 26 de janeiro de 2017 –, há nova diretriz sobre o saldo rotativo do cartão.

Segundo a norma, o rotativo só poderá ser usado até o vencimento da fatura seguinte. Se na data do vencimento o cliente não tiver feito o pagamento total do valor da fatura, o restante terá que ser parcelado ou quitado.

O Banco Central informou que a medida tem como objetivo tornar o uso do cartão de crédito mais eficiente e mais barato. A expectativa é que as mudanças ajudem a reduzir a taxa de juros do crédito. Os juros do rotativo de cartão de crédito fecharam o mês de dezembro de 2016 em 484,6% ao ano (LIS, *online*, 2017).

Em virtude da crise financeira vivenciada no país na atualidade, a medida tomada pelo CMN buscou dar maior poder de compra ao consumidor e baratear os custos da taxa de juros, os quais são obstáculos para o real exercício da compra e, consequentemente, da circulação de capital.

A respeito da Lei do Sigilo Bancário⁶, logo no artigo 1º, inciso VI, há no rol taxativo/exaustivo as instituições financeiras que devem, por direito e dever, manter em segredo todas as suas operações, isto é, somente aos membros da relação contratual por eles firmados é que as informações serão livres e transparentes: titular, fornecedor e administradora do cartão.

6 JUROS E ENCARGOS CONTRATUAIS

6.1 Juros

Faz-se mister conceituar o polêmico termo dos juros antes de aprofundar os estudos na seara do cartão de crédito.

O conceito de juros não se apresenta na lei. Juros são a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro. Os juros são precipuamente em dinheiro e em retribuição de uma quantia em dinheiro. [...] Os juros retribuem o capital paulatinamente, dependendo do prazo de duração da obrigação (VENOSA, 2017, p. 142).

⁶ Lei Complementar nº 105/2001.

O entendimento jurídico indica que juros são o valor que o credor recebe a mais por uma quantia emprestada ao devedor, valor este correspondente ao tempo que ficou sem dispor do crédito. Em regra, o pagamento far-se-á em moeda corrente nacional, qual seja o valor do Real⁷. Ainda que seja para beneficiar o devedor, o pagamento diferente do que foi acordado não faz lei entre as partes⁸, salvo se elas dispuserem posteriormente a respeito e mudar o que está entendido no contrato.

Para a visão econômica, já que o instituto do cartão de crédito diz respeito ao desempenho de uma atividade financeira, juros consistem na escassez de capital e renúncia à liquidez monetária, aliada à oferta e procura da moeda em investimentos, passando a ser instrumento de políticas econômicas e sociais de desenvolvimento (CALDAS *apud* TANNO, 2006). Os juros são legais e também podem ser convencionais. Muitas vezes estão presentes nos contratos de/por adesão. Uma espécie de juros legais é o juro compensatório, conhecido como toda compensação pelo fato de o credor estar privado de disponibilidade de um capital (MIRANDA *apud* TANNO, 2006). Uma espécie de juros convencionados, acordados entre as partes do contrato ou negócio jurídico é o juro moratório, entendido como sendo uma pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação (TANNO, 2006). O início da mora está presente no contrato de adesão entre administradora e fornecedor e também entre administradora e titular.

Como os juros são muito difundidos no meio empresarial, com o decorrer das práticas comerciais e dado o dinamismo social, os juros ramificaram-se em espécies com certas peculiaridades, semelhante a uma planta que apresenta diversos galhos, todos eles partindo do mesmo eixo comum, o tronco.

[Juro] Principal: é o montante realmente utilizado pelo mutuário, valor primário ou primitivo, antes de quaisquer alterações resultantes de juros.

Taxa de Juros: geralmente expressa em porcentagem, é a referência à remuneração pelo valor disponibilizado durante certo período de tempo.

Juros Simples: ocorrem quando a remuneração advinda dos juros não é integrada ao principal para a incidência da taxa do próprio período. Portanto, o principal não varia.

Juros Compostos: ocorrem quando ao principal são integradas as remunerações advindas das taxas de juros para então, sobre essa soma, incidir a taxa do próximo período. [...]

Anatocismo: é a capitalização de juros. Significa fazer incidir a taxa de juros ao principal capitalizado com a(s) remuneração(ões) anteriores. Somar ao principal a(s) remuneração(ões) e sobre o total aplicar a taxa de juros.

Capitalização: é a ação ou efeito de capitalizar, adicionar ao capital. É incorporar ao principal a remuneração resultante da incidência dos juros em determinado período (mensal, trimestral, anual) (TANNO, 2006, p 27-33).

⁷ Art. 315 do Código Civil: As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes.

⁸ Art. 318 do Código Civil: São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) já declarou que a capitalização de juros – e por conseguinte, o anatocismo – é prática vedada no sistema financeiro, ainda que acordado pelas partes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 121. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (BRASIL, Súmula 121, STF).

Há em vigência a Medida Provisória nº 2.170-36/2001, reformada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, em seu artigo 5º permite a aplicação de juros sobre juros no pagamento em atraso do devedor em período inferior a um ano:

Art. 5o Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano (BRASIL, 2001).

Foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) do referido dispositivo – ADIN nº 2.316-1. Em 2015, o STF entendeu ser legal a capitalização de juros em período inferior a um ano, tão somente, conforme expresso no texto legal, liberando 13 mil processos que aguardavam decisão na Justiça⁹.

Em relação aos juros moratórios, estes “são juros decorrentes da mora, isto é, os que se devem, por convenções ou legalmente, em virtude do retardamento no cumprimento da obrigação” (DE PLÁCIDO E SILVA *apud* CASADO, 2000, p. 245). Havendo o atraso no pagamento da fatura do cartão de crédito por parte do titular, ainda que decorrente de caso fortuito ou força maior, estes juros servem como uma pequena indenização à demora no pagamento da aludida fatura na data de seu vencimento; é forma de penalizar o titular pela mora (MORAES, 2004). Os juros de mora visam resguardar o valor econômico atingido pela demora no pagamento.

Os requisitos de acometer juros moratórios em certa prestação são a existência de uma dívida exigível e a demora do não pagamento pela pessoa responsável para tal, o devedor. Assim, este encargo tem como justificativa atualizar monetariamente o valor para que este não fique deficitário frente às alterações econômicas e financeiras, face ao tempo de atraso.

Interessante não confundir com a chamada multa moratória. Esta é devida somente se expressamente estabelecida no contrato, e sendo assim, desnecessária se faz prévia notificação do devedor quanto à incidência de multa moratória. As partes transigiram e os termos deste acordo ou desta adesão estão expressos nas cláusulas contratuais, a ser de conhecimento das partes envolvidas na relação jurídica consumerista, empresarial ou financeira.

“A multa moratória é aquela imposta face à mora, ou seja a falta de cumprimento de uma obrigação em determinada época, sendo que seu termo inicial deve ser fixado a partir do vencimento da obrigação de pagamento em dinheiro” (PARIZATTO, 1998, p. 23). Sua natureza rememora certo cunho sancionatório ao devedor inadimplente à data estipulada de vencimento.

⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284716>>.

É mecanismo sancionatório para reprimir o atraso do titular do cartão de crédito no que se refere ao pagamento da fatura. No que tange à finalidade, visa compelir o adimplemento da obrigação dentro do prazo estabelecido.

O § 1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor foi alterado pela Lei nº 9.298/1996, a qual altera o valor da multa moratória de 10% para atuais 2% do valor da fatura:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação (BRASIL, 1990).

A Justiça reconheceu que a parte hipossuficiente da relação de consumo não pode pagar 10% decorrente de atraso da fatura, pois são multas consideradas elevadas. Assim, a decisão para abaixar o valor em 2% trouxe equilíbrio à relação consumerista firmada entre titular e administradora do cartão de crédito.

A Súmula nº 379¹⁰ do STJ entende que nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

6.2 Encargos contratuais

Encargos são os juros incidentes sobre o valor do débito não pago na fatura anterior. É dever da administradora do cartão de crédito informar expressamente na fatura os encargos contratuais correspondentes tanto ao mês de vencimento atual da fatura, quanto a do mês seguinte, sob pena da administradora agir com obscuridade. Só serão cobrados quando o titular optar pela adesão ao crédito rotativo, podendo ser adquirido pela empresa administradora junto às instituições financeiras, ou pela própria instituição, quando esta enviar diretamente o cartão ao titular.

Denota-se, na verdade, que os encargos contratuais, mesmo com outra denominação, consistem na remuneração do empréstimo ou financiamento auferido indiretamente pelo titular do cartão de crédito. Com efeito, os encargos contratuais são **taxas de juros reais** praticadas pelas administradoras de cartões de crédito (FIGUEIREDO *apud* MORAES, 2004, p. 70-71) (grifos da autora).

Nas palavras do professor, os encargos contratuais são uma remuneração adicional aos juros sobre o empréstimo de crédito ou financiamento obtido indiretamente pelo titular praticadas pelas administradoras de cartões de crédito.

¹⁰ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-smulas-2013_34_capSumula379.pdf>.

7 CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, buscou-se conhecer e aprofundar o conhecimento a respeito do cartão de crédito e suas nuances contratuais, bem como desmistificar o senso comum de demasiada burocratização e pagamento abusivo de juros e encargos previstos no contrato de adesão.

Por ter natureza jurídica indefinida, isto é, parte da doutrina defende ser título de crédito, e outra parte assegura tratar-se de cessão de crédito, é certo afirmar que sua possível hibridização torna este instituto jurídico-empresarial único e em constante movimentação.

Já foi definido em súmulas emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal acerca da vedação na abusividade por parte das empresas administradoras de crédito em detrimento dos titulares do cartão, os consumidores, os quais são considerados a parte hipossuficiente da relação.

O entendimento presente e dominante é que o cartão de crédito facilita e permite a realização de negócios jurídicos, compra e venda e prestação de serviços sem que o devedor da relação disponha de papel-moeda ou título de crédito no momento, e sim em data posterior pré-fixada pelo cartão de crédito, o qual descontará o equivalente diretamente da conta bancária de seu titular e repassará ao fornecedor. Não é obrigatório a empresa aceitar o pagamento via cartão de crédito, todavia, a prática empresarial demonstra por si só as vantagens em aceitar este meio de pagamento para a concretização dos negócios realizados.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução nº 4.549, de 25 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50330/Res_4549_v1_O.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933*. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 dez. 2017.

_____. *Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985*. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7357.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. *Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. *Medida provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001*. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2170-36.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. *Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 283*. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula283.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 379*. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula379.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 121*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2000>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O Sistema Contratual do Cartão de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros, v. 15*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

_____. *Cartão de Crédito, Cheque e Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2011b.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Regina. *Quais impostos uma empresa paga na emissão da NF-e?* Capital Social, 2015. Disponível em: <<https://capitalsocial.cnt.br/impostos-pagos-na-emissao-da-nf-e/>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

GOMES JÚNIOR, Vicente Afonso. *A relação entre as sociedades operadoras de cartão de crédito e as empresas afiliadas a essas é de consumo*. Jus.com.br, 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5864/a-relacao-entre-as-sociedades-operadoras-de-cartoes-de-credito-e-as-empresas-afiliadas-a-essas-e-de-consumo>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Ligia. *Direitos do consumidor: tire suas dúvidas sobre cartão de crédito*. G1, 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL-1293591-9356,00-DIREITOS+DO+CONSUMIDOR+TIRE+SUAS+DUVIDAS+SOBRE+CARTAO+DE+CREDITO.html>. Acesso em: 09 jan. 2018.

LIS, Laís. *Conselho Monetário Nacional restringe o uso do rotativo do cartão de crédito*. G1, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/conselho-monetario-nacional-restringe-uso-do-rotativo-no-cartao-de-credito.ghtml>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MIRANDA, Maria Bernadete. *Aspectos jurídicos do contrato de cartão de crédito*. Revista Direito Brasil, v. 4, n.1, 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aspectos_juridicos_do_contrato_de_cartao_de_credito.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018.

_____. *Cartões de crédito: juros, multa e encargos contratuais*. Estado de Direito, 2017. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi5kKaXktbYAhVMfpAKHXzfAZwQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Festadodedireito.com.br%2Fcartoes-de-credito-juros-multa-e-encargos-contratuais%2F&usq=AOvVaw0PjASFdy6Olm-rqqeXNzsB>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

MORAES, Rosélia Pereira de. *Cartão de crédito e alguns aspectos polêmicos*. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Gravataí/RS, 2004. Disponível em: <<http://www.goncalvesadvogados.com.br/artigos/MonografiaCartao.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Contratos empresariais*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/contratos_empresariais_2014-2.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*: vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARIZATTO, João Roberto. *Multas e juros no direito brasileiro*: doutrina – jurisprudência. 2. ed. Ouro Fino: Edipa, 1998;

PRETTI, Gleibe. *O contrato de adesão no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Direitonet, 2002. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/725/O-contrato-de-adesao-no-Codigo-Brasileiro-de-Defesa-do-Consumidor>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

RIBAS, José Maria. *Cartão de Crédito – Quando a vítima é o empresário!* Direito e Consumo, 2016. Disponível em: <<https://www.direitoconsumo.adv.br/cartao-de-credito-quando-vitima-e-o-empresario/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SENADO FEDERAL. *Plenário mantém validade de MP que regula capitalização de juros e libera 13 mil processos sobre o tema*. Senado, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284716>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. *Segurança de operações com cartão de crédito é questionada por estudo da Consultoria do Senado*. Senado, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/27/seguranca-de-operacoes-com-cartao-de-credito-e-questionada-por-estudo-da-consultoria-do-senado>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

TANNO, Gustavo Spuldaro. *Defesa do consumidor contra as administradoras de cartão de crédito*. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Universidade Estadual de Londrina (UEL). Londrina, 2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (TRF-5). *Apelação Cível*: AC 310619 SE 2001.85.00.004407-3. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. DJ: 21/07/2003. *JusBrasil*, 2003. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/167305/apelacao-civel-ac-310619-se-20018500004407-3>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO À LUZ DE MINORITY REPORT

THE HARM PRINCIPLE AND BRAZILIAN PRISON SYSTEM IN THE REGARD OF MINORITY REPORT¹

Keven Kley Estrela Nunes Brandão*
Suzana Oliveira Cedraz**
Victória Gabriela Brito Salgado***

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a realização de um estudo da efetivação do processo legal e a sua relação com os princípios e garantias do Direito Penal brasileiro na atualidade. Para cumprir tal desiderato, utilizou-se a obra cinematográfica *Minority Report* como objeto de estudo. O filme aborda uma divisão de homicídios futurística que utiliza de tecnologia para prever crimes e assim os prevenir antes mesmo do início da execução. Inicialmente, foram apresentadas as características do Estado de Direito e princípios jurídicos, como, por exemplo, o princípio da lesividade. Diante da perspectiva fictícia, quais os problemas enfrentados pelo Direito Penal e o Sistema Carcerário brasileiro diante dos princípios garantistas erigidos pelo Estado de Direito? A fim de responder tal questionamento, contextualizamos o filme dentro dos princípios trazidos pelo Direito Penal.

Palavras-chave: *Minority Report*. Princípio da Lesividade. Direito Penal. *Iter criminis*. Estado de Direito.

Abstract: *The present paper has the main purpose of an interdisciplinary study study of the effectiveness of the legal process and its relation with the principles and guarantees of Brazilian Criminal Law in the present time. In order to meet this goal, the film Minority Report was used as object of study. The film is about a futuristic homicide division that uses technology to predict crimes and prevent them, even before the start of execution. Initially, the characteristics of the Rule of Law and legal principles, such as the harm principle, were presented, which emerged corollary. Given the fictitious perspective, what are the problems faced by criminal law and Brazilian prison system in the face of the guaranteeing principles erected by the Democratic State of Law and? In order to answer this question, we contextualize the film within the principles brought by Brazilian Criminal Law.*

Keywords: *Minority Report*. Harm Principle. Criminal Law. *Iter criminis*. Rule of Law.

¹ Os autores se responsabilizam pela tradução das citações em língua estrangeira.

* Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, e-mail: brandaokeven@gmail.com.

** Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, e-mail: suzana.cedraz@gmail.com.

*** Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, e-mail: vic_toriagabriela@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, a partir da análise do filme americano, de 2002, *Minority Report*, dissertará sobre o princípio penal da lesividade, além de questões pertinentes ao estudo do Direito Penal, como o *iter criminis*, isto é, o estudo das etapas de uma infração penal.

O Estado de Direito advém das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, principalmente a Revolução Francesa, sucedendo, portanto, o absolutismo. Criam-se, então, princípios fundamentais para a sustentação democrática visando tirar poderes absolutos das mãos do soberano, como aduz Greco (2018, p. 143). Os cidadãos passaram a estar salvaguardados de uma conduta arbitrária e autoritária por parte dos governantes.

A Constituição Federal de 1988 aponta que da reunião dos representantes do povo brasileiro foi instituído um Estado Democrático de Direito que busca assegurar direitos sociais, individuais, liberdade, bem-estar, segurança, desenvolvimento, justiça e outros bens supremos. O Texto Maior introduziu e recepcionou institutos que coadunassem com esses preceitos fundamentais. Nesse sentido, a atividade punitiva do Estado apenas pode exercer-se a partir de um instrumento previamente regulado pela ordem jurídica, consoante Streck e Morais (2000, p. 84).

Por conseguinte, a obra cinematográfica abordada, é dirigida por Steven Spielberg e se passa na Cidade de Washington no ano de 2054, onde três jovens com poderes de premonição ajudam o Departamento de Polícia Pré-Crime, fornecendo imagens de futuras ações que são transmitidas a um terminal informatizado. Desta forma, os jovens auxiliam na prevenção de homicídios.

Esse título, Departamento de Polícia Pré-Crime, já traz uma relação intrínseca com o Direito Penal, remetendo a uma já teorização do que precede o ato delituoso e quais os limites e momento de punir, pois, no filme, os “futuros assassinos” são presos antes de consumarem sua ação, antes de externalizarem sua vontade.

Ademais, além da discussão a respeito do *iter criminis*, a partir da constatação de que os jovens videntes identificam também aqueles crimes a serem cometidos sob forte emoção, chamados de passionais e, tais presos, no filme, são mantidos em estado vegetativo em uma “prisão verticalizada”, um contraponto com a situação atual do Sistema Carcerário brasileiro será realizado.

Objetiva-se, assim, com a obra fictícia supracitada, a realização de uma análise e reflexão quanto à problemática dos princípios e questões morais envolvidas no sistema penal contemporâneo, bem como violações a institutos garantistas do nosso Estado de Direito, tão presentes na sociedade pós-moderna. Utilizando-se do método dedutivo, é construída uma correlação entre a forma de punir exposta no filme, na qual observa-se uma violação de garantia penal, e a realidade do sistema Penal brasileiro, que possui falhas em sua efetivação que o torna injusto, acarretando em semelhantes violações.

Com vistas a cumprir o desiderato proposto, os recursos metodológicos utilizados foram pesquisa bibliográfica e o estudo de recursos audiovisuais.

1 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COMO GARANTIA PENAL

Inicialmente, devem-se tecer considerações acerca das bases de um direito penal em um sistema garantista. Nos termos de Ferrajoli o garantismo pode ser definido como:

[...] efetivamente, significa dizer que a tutela daqueles direitos fundamentais, cuja aplicabilidade, ainda que em sentido contrário ao da maioria, é o sustentador do Direito Penal. A imunidade dos cidadãos contra às proibições arbitrárias e os castigos, a defesa dos mais frágeis mediante regras de igualdade para todas, a dignidade da pessoa do acusado e, por conseguinte, a garantia processual da sua liberdade. (1997, p. 11, tradução nossa).

Nesse mesmo sentido, Salo de Carvalho (2001) pressupõe o direito como a única alternativa à violência dos delitos e penas. A razão de existir desse está atrelada à tutela do indivíduo contra as diversas formas de vingança, sejam públicas ou privadas. Restando definido o que é um sistema garantista, cumpre explanar sobre sua base que permite a consubstanciação do mesmo no Direito Penal moderno.

Dentre as garantias adquiridas do Direito Penal moderno, o princípio da lesividade, ou ofensividade (*nullum crimen sine injuria*), é uma conquista jurídica moderna que abarca a separação axiológica entre o Direito e a moral, conforme lição de Ferrajoli (2012, p. 109). O mencionado princípio atua como meio de garantia penal, na medida em que constitui um conjunto de vínculos e de regras impostas com vistas a limitar os poderes punitivos nas mãos do Estado, segundo Ferrajoli (2000, p. 132, apud Greco, 2018, p. 9).

Para o jurista italiano, tal princípio, por sua generalidade e indeterminação própria, não é capaz de limitar o arbítrio punitivo. Ferrajoli (2000) entende que, quando não bem interpretado diante das nuances do caso concreto, pode fundamentar e maximizar formas anti-garantistas e truculentas do Estatuto Repressivo. Dessa forma, calha definir o referido princípio de garantia penal.

A origem do princípio da lesividade é atribuída ao período Iluminista, em uma época de secularização do direito, surgindo de modo corolário ao princípio da legalidade. Tal princípio limita quais as condutas que poderão ser penalizadas pelo Direito, consoante Greco (2018, p. 101).

A lei penal, portanto, somente deverá ser aplicada quando uma conduta ofende um bem jurídico tutelado juridicamente ou, ao menos, ponha em perigo um bem de terceiro. À condição de perigo em que se coloca um bem de outrem, a doutrina entende como um crime de perigo.

Os crimes de perigo podem ser classificados em crimes de perigo abstrato e concreto. Os primeiros são tidos também como de perigo presumido, a situação é realizada ex ante, ou seja, independentemente da consumação da conduta, o tipo penal procura evitar a situação de perigo. Os crimes de perigo concreto, por outro lado, a situação é ex post, isto é, para levar a efeito a incriminação da conduta do agente deve-se demonstrar o perigo no caso concreto.

Para parte da doutrina brasileira, é imprescindível que a conduta resulte em uma lesão materialmente efetiva ao bem jurídico ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado, como aduz Jesus (2011, p. 52):

O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da Const. Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo”. Para um setor da doutrina, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado.

Segundo o autor Nilo Batista (1996, p. 92-94 apud GRECO, 2018, p. 101) o princípio *nullum crimen sine injuria* possui quatro funções: 1) proibir a incriminação de uma atitude interna, não se pode punir um pensamento ou sentimento não exteriorizado, ainda que seja contrário ao ordenamento jurídico; 2) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a lei penal não pune aquelas condutas que não lesem efetivamente ao bem jurídico de terceiro; 3) proibir a incriminação de estados existenciais, está afastada, dessa forma, a punição do agente pelo o que ele é e 4) proibir a incriminação de condutas socialmente desviantes mas que não ofendam à legislação penal, ou seja, a simples repulsa social por determinado comportamento não possui força cogente para ensejar a punição penal do agente.

Além da citada destinação legislativa, o princípio da lesividade deve ser considerado em âmbito jurisdicional na aplicação e fixação da pena. A depender do grau de lesão provocado, o julgador deve tomá-lo em consideração na dosimetria da pena, conforme o Art. 59, caput, do Código Penal:

O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e *consequências do crime*, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940, não paginado, grifou-se).

Assim, percebe-se que o princípio da lesividade deve orientar tanto o legislador, que não poder criminalizar condutas que não ofendam bens jurídicos, quanto o juiz, que deve verificar no caso concreto a existência de uma lesão relevante ao bem jurídico tutelado. (AGUIAR, 2016).

2 A PUNIBILIDADE DO ITER CRIMINIS

De acordo com os penalistas André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves “por iter criminis entende-se o itinerário, o caminho do crime, isto é, todas as etapas da infração penal, desde o momento em que ela é uma ideia na mente do agente até sua consumação” (2016, não paginado).

No tocante ao longa-metragem supracitado, o trabalho da Polícia no Pré-crime é uma etapa essencial para evitar a consumação do crime, ou seja, traz um caráter

preventivo à sua atuação. Dessa forma, o crime é erradicado no momento em que a sua punição está à frente do ato criminoso, tendo em vista que, os policiais vão ao local em que o delito irá ser consumado e prendem o possível infrator antes mesmo que o crime seja praticado.

Entretanto, na prática, a doutrina brasileira busca deixar explícita as subdivisões do iter criminis. Em uma análise ampla, há a fase interna e a fase externa (NUCCI; 2017). A fase interna ocorre na mente do agente, a qual, no filme, é prevista pela capacidade de premonição dos Precogs. Esta é composta por três etapas:

a.1) a *cogitação*: é o momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a ideia de praticar o crime; a.2) *deliberação*: trata-se do momento em que o agente pondera os prós e contras da atividade criminosa idealizada; a.3) *resolução*: cuida do instante em que o agente decide, efetivamente, praticar o delito. (NUCCI, 2017; p. 651).

Ou seja, em consonância com o que aduz Adriel (2016, não paginado), na etapa da cogitação, o propósito ilícito é apenas uma ideia, encontra-se na mente do agente, por isso, não há qualquer possibilidade de realizar ofensa a um bem jurídico, não podendo, nem devendo ser alcançada pelo Direito Penal brasileiro, tendo em vista que, este, segundo o Princípio da Intervenção Mínima, como o próprio nome explicita, deve atuar de forma mínima.

Conforme assegura Greco, 2017, p. 97: “O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância”.

Por conseguinte, na de liberação o agente apenas sopesa as vantagens e desvantagens da realização de um comportamento contrário ao Direito Penal e na resolução o sujeito se decide pelo cometimento da infração penal. (ADRIEL, 2016).

A fase externa é formada pelas seguintes etapas: a.1) atos preparatórios: momento em que o agente identifica e obtém instrumentos necessários à prática delitiva. Em regra, não são puníveis, exceto casos específicos previsto na lei penal; a.2) atos executórios: momento em que o agente inicia efetivamente a prática descrita no tipo penal; e, a.3) consumação, onde é possível identificar todos os elementos que estão descritos no tipo penal (SANTOS, 2015).

Para diligenciar a distinção entre os atos preparatórios e o início da execução a de citar algumas teorias que se preocupam em diferenciar. Primeiramente idealizada por Nelson Hungri, a teoria da hostilidade ao bem jurídico ou critério material, entende por execução quando algum bem jurídico está sob ataque, isto é, em uma situação concreta de perigo (CUNHA, 2016).

A teoria objetiva-formal que, por seu turno, deita raízes em uma dimensão positivista, considera os atos executórios quando o núcleo do tipo penal. Entretanto, Rogério Sanches Cunha tece comparações essenciais dessas duas teorias:

Percebam que as duas teorias são injustas. A primeira gera um evidente excesso, contentando-se, para a punição, com a prática de comportamentos muito distantes da consumação; a segunda, por sua vez, redundava numa insuficiente inervenção do Estado, esperando para punir o agente apenas quando estiver muito próximo da consumação, excluindo atos que, apesar de anteriores à execução do núcleo, são importantes na consecução do delito. (CUNHA, 2016, p. 247).

A terceira, por outro lado, considera o início dos atos executórios aqueles que se iniciam de acordo com o plano do agente, anteriormente ao começo da execução típica (PONTES, 2017, não paginado).

Boa parte da doutrina penal entende que é com o início dos atos executórios, onde o sujeito ativo passa a expor a perigo o bem jurídico tutelado, que poderá o Direito Penal resguardar o direito violado do sujeito passivo. Assim, antes de haver efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado, não há porque existir punibilidade.

A possibilidade de punição da cogitação (*nuda cogitatio*) nos remete ao Direito Penal nazista, onde a punibilidade da tentativa estava fundamentada na periculosidade do agente, consistindo em intensa intervenção da ordem jurídica na esfera privada do homem, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro. O direito penal adota a ideologia corporal, segundo a qual os pensamentos não podem ser castigados, de maneira que somente fatos exteriores objetivamente perigosos para um bem jurídico merecem uma punição. (FÉDER, 2017, p. 25).

Como sabido, a fase interna é o enfoque do artigo, já que desde a externalização até a consumação, o Direito possui embasamento plausível para a análise científica do ato, com averiguação de provas e resultados. O legislador ordinário brasileiro optou por não punir as fases de cogitação e preparação – salvo as ressalvas feitas expressamente em lei.

Entretanto, na obra fictícia analisada, os autores dos crimes não passam nem pela etapa de cogitação, já sendo sentenciados de antemão. Como já mencionado, os pré-cogs, ou seja, aqueles que possuem dons especiais de precognição, visualizam homicídios quatro dias antes de sua ocorrência, não prevendo somente os homicídios já planejados, mas também aqueles que viriam a ser cometidos sob forte emoção ou paixão.

A emoção caracteriza-se como uma intensa perturbação afetiva, de breve duração que, em geral, produz violenta perturbação do equilíbrio psíquico de forma repentina e imprevista, enquanto a paixão é um estado afetivo violento e duradouro, provocando algumas vezes alterações da conduta que pode tornar-se de todo irracional por falta de controle. (MONTOVANI Apud SILVA FRANCO, 1997).

O Código Penal brasileiro assevera que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal, ou seja, é possível de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito

ao agente (GRECO, 2017), e em trechos, é válido ressaltar, os dois sentimentos estão atrelados à atenuantes ou agravantes, como acrescenta Rogério Sanches Cunha:

Pode a emoção servir como circunstância atenuante, nos moldes do artigo 65, III, "c", ou como causa de diminuição de pena, como prescrevem os artigos 121, §1º 194, e 129, §4º 195, ambos do Código Penal. Já a paixão, dependendo do grau e da capacidade de entendimento do agente, pode ser encarada como doença mental (paixão patológica -art. 26, caput, CP). (CUNHA, 2016, p. 296).

Entretanto, no filme, mesmo a emoção e paixão ocorrendo de forma repentina e imprevista, o indivíduo é julgado antes da externalização de qualquer ato e é preso e condenado antes de realizar efetiva lesão a um bem jurídico.

3 A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM MINORITY REPORT

A obra de aspecto futurista reaviva questionamentos do âmbito Penal que sustentam a Teoria do crime. Em um contexto no qual o Direito penal perde seu valor de ultima ratio para adquirir caráter preventivo, todos os mecanismos de sua punição ultrapassam o subjetivo do indivíduo com caráter determinista.

Em todo o decorrer do filme, o crime é punido antes da fase de exteriorização do iter criminis, indo de encontro com o princípio da lesividade, já que, para este, o Direito Penal não poderá punir condutas que não sejam lesivas a bens terceiros, não excedendo o âmbito próprio do autor.

O ápice do questionamento, entretanto, ocorre quando o protagonista Chefe de Pré-Crime, John Anderton, está imerso em uma dessas visões e até os últimos segundos que precedem o delito, uma das Pré-cogs, Agatha, insiste em passar a mensagem de que ainda há escolha para a mudança de seus atos. A resolução estaria então nas mãos do agente, que teria a possibilidade de realizar modificações no rumo do que anteriormente era tido como um crime certo para a concepção do Pré-crime.

Ocorre que, todos os agentes já presos deveriam ter tido a possibilidade de escolha de qual ação tomar, pois, em dado momento do filme, tomamos conhecimento que as visões apresentadas pelos jovens videntes podem ter deturpações ou a ausência de informações suficientes para ensejar a prisão dos autores, ou seja, as prisões ocorridas de forma prévias eram passíveis de erros e ocorriam mesmo sem a certeza de que o agente iria externalizar a prática delitiva.

Ademais, a ausência de institutos como desistência voluntária e arrependimento eficaz em Minority Reporty, no final, contribuem para reforçar a imagem negativa da prevenção extremada, uma vez que viola preceitos fundamentos do Estado Democrático de Direito, não concedendo aos infratores a possibilidade mínima de defesa.

No instituto da desistência voluntária, o agente interrompe, voluntariamente, os atos de execução, impedindo a consumação do delito, assim, o mesmo responde apenas pelos atos já praticados. Já o arrependimento eficaz ocorre quando o agente,

depois de esgotar todos os meios de que dispunha para consumir a infração penal, arrepende-se e evita a produção do resultado inicialmente pretendido. (GRECO, 2017).

Nos dois institutos referidos está em voga uma característica essencial: a voluntariedade. Rogério Sanches Cunha (2016) enxerga essa semelhança e, de antemão, constata a vontade do agente como fator essencial para a existência destes.

Em suma, são elementos da desistência voluntária (A) o início da execução e (B) a não consumação por circunstâncias inerentes a vontade do agente (abandono do dolo de consumação de maneira voluntária). Presentes os requisitos, a consequência é a punição do agente pelos atos já praticados - se típicos. (CUNHA, 2016, p. 258).

Além disso, no filme, não há nem mesmo a possibilidade de punição na modalidade tentada, ou seja, quando o agente inicia a execução do delito, mas o mesmo não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, visto que, a maior parte dos presos na obra fictícia, como mostrado, não chega nem a iniciar os atos executórios, assim, o Pré-crime aprisiona alguém que ainda não verdadeiramente iniciou o cometido de um delito.

Consoante Hundson (2009, p.2), os países democráticos devem tentar equilibrar a eficácia na redução e prevenção do crime com o respeito aos direitos dos cidadãos, como o direito à privacidade, à liberdade de locomoção, direito ao devido processo legal, ou seja, a garantia do direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, sendo assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Existem dois modelos principais de justiça criminal, o modelo do “controle do crime” e o “do devido processo”, o primeiro prioriza a redução do crime, enquanto o segundo prioriza os valores do devido processo, ou seja, julgamentos e punições justas, entretanto, em geral, as sociedades da vida real combinam ambos os modelos. (HUNDSON, 2009, p.2)

É percebido que o modelo futurista de justiça criminal adotado no filme é um modelo regido apenas pela prevenção e neutralização do indivíduo, não sendo possível a concretização de um devido processo legal, pois, ocorre a prisão do indivíduo antes mesmo que seja iniciada qualquer das etapas da fase externa do iter criminis, ou seja, preparação (atos indispensáveis para o cometimento da infração) e início dos atos executórios (momento em que se inicia, de fato, a ofensa ao bem jurídico tutelado pelo Código Penal).

Outra questão ética tocante ao filme é o uso de humanos como instrumentos de um programa de prevenção de crime. Tal utilização é totalmente contrário ao imperativo estabelecido por Immanuel Kant, filósofo prussiano do iluminismo, que acreditava que os homens deviam ser tratados como fins e não meios. Nas palavras de Hundson:

A ironia dessa traição da “regra de ouro” de Kant é que muitos conceitos fundamentais do estado de direito nas sociedades

ocidentais modernas provêm da mesma filosofia iluminista. As idéias de responsabilidade individual, de punição como uma reação justificada ao crime, de igualdade perante a lei, estão enraizadas na filosofia de Kant e de outros pensadores iluministas europeus. (2009, p. 42).

Assim, no filme, os pré-cogs são humanos com dons especiais, mas não são reconhecidos como tais, são impossibilitados de realizar qualquer tipo de interação com o mundo exterior, mantidos numa piscina com nutrientes que os mantêm vivos e que estimulam suas visões para que os oficiais possam, de forma prévia, determinar a ocasião e local da ocorrência dos delitos. (HUNDSON, 2009, p.43).

4 PARALELO COM O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A partir da análise do modelo de justiça adotado por Minority Report, prevenção extremada e neutralização do indivíduo, é possível a realização de uma reflexão acerca da efetivação do devido processo legal e das prisões na modernidade, pois, consoante retratado no filme, o sistema penal brasileiro é falho, possibilitando, por diversas vezes, a realização de prisões ilegais e injustas, desrespeitando diversos direitos e garantias penais constitucionais.

O famoso caso do encanador Severino Antero que foi preso em janeiro de 2012, em Pernambuco, aos 63 anos, acusado de homicídio, é apenas um dos diversos casos de prisões injustas que ocorrem frequentemente no País. Severino relata que foi levado de casa por policiais que procuravam um acusado com o mesmo nome que o seu.

“Quando eu vi aqueles dois policiais na minha frente perguntando se o meu nome era Severino Antero Alves, eu respondi que sim. Daí um deles me disse que eu estava preso. Perguntei o motivo da prisão. Foi quando o policial respondeu que eu tinha matado um homem na Paraíba. Eu nunca nem fui na Paraíba. Não sei nem como faz para chegar lá. Então eu fui com eles para a delegacia certo de que tudo seria esclarecido. Mas acabei indo parar no Aníbal Bruno mesmo sendo inocente”, contou o encanador. (OLIVEIRA, 2016, online)

Ele chegou à unidade prisional apenas com a roupa do corpo, a cela era pequena, não tinha cama, utilizou pedaços de colchões velhos de outros detentos, a comida era de péssima qualidade e não foi permitido contato com nenhum de seus familiares. Apenas depois de vinte dias encarcerado nestas condições, o equívoco foi percebido. (OLIVEIRA, 2016, online).

Além do descaso evidente com princípios penais constitucionais como o da Humanidade e Presunção de Inocência, o caso em tela desrespeita diversos preceitos legais, como o artigo 5.º, XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e o artigo 88da Lei de Execução Penal: “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.”

Sobre essa questão, Assis (2007, p.75) afirma:

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso, estão previstos em diversos estatutos legais. No entanto, ocorre na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade.

Consoante, no filme analisado, os pré-cogs não são tratados nem reconhecidos como humanos e os presos, além de postos em estado vegetativo em prisões verticalizadas, não possuem nenhum tipo de direito à defesa.

Mesmo que, diferente da obra fictícia, a Constituição Federal assegure os direitos sociais, individuais e outros bens supremos, a situação do encarceramento no Brasil encontra-se longe do desejável, consoante Miranda, 2011, p. 05:

Os novos arranjos do controle do crime intensificam a exclusão social, a essencialização e alienação de grupos, as diferenças e preconceitos, a demonização e construção de inimigos públicos, o medo, a expansão do sistema penal e o agravamento de seus procedimentos, a sensação de insegurança pública, o descrédito estatal, a crescente participação privada no controle, a segregação punitiva, a banalização de vida descartáveis, o emparedamento dos jovens pobres, a extrema vigilância social, o encarceramento em massa e tendências de autoritarismo. Tais características constituem a cultura do controle do crime que reproduzem a ordem social nas sociedades pós-modernas.

Segundo Pesquisa recente realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2018), a taxa de superlotação dos presídios brasileiros é de 175,82%, nos 1.456 estabelecimentos penais no país. A lotação é mais acentuada na região Norte, onde algumas unidades acomodam cerca de três vezes mais detentos do que sua estrutura permite. Os dados fazem parte do projeto "Sistema Prisional em Números".

Algumas informações destacadas no Projeto é que em 436 dos presídios visitados foram registradas lesões corporais a preso praticada pelos próprios funcionários. Além disso, o levantamento mostra que, na região Nordeste mais da metade (58,75%) dos estabelecimentos não dispõem de assistência médica e 44,64% das presídios brasileiras não oferecem assistência educacional aos internos. "A assistência à saúde, educacional, jurídica, social e religiosa, é direito dos presidiários e dever do Estado" (CNMP, 2018, não paginado).

Por conseguinte, pode-se afirmar que o Direito Penal brasileiro veda qualquer espécie de pena com o único objetivo de torturar ou punir, seu objetivo, além de punir o infrator e prevenir a realização de novos delitos é também e, principalmente, o de ressocializar o preso, entretanto, o sistema carcerário nacional, como exposto, está longe de realizar o seu propósito.

Sobre esta questão, Demarchi (2008, p.07) afirma que:

É necessário o reconhecimento, ainda, de que a simples posituação dos direitos humanos, agora como direitos fundamentais, será impotente para resolver os problemas da sociedade. Somente a previsão legal não é suficiente para a mudança de comportamentos. Tem-se uma Constituição que se pretende das mais evoluídas, mas que não consegue ser efetiva. Os direitos fundamentais estão postos e estendem-se a todos os cidadãos, inclusive ao preso, mas estão longe de serem (re)conhecidos.

O cidadão-preso precisa ser reconhecido como ser dotado de dignidade. Infelizmente, a própria sociedade, em sua maioria, enxerga o preso não mais como um indivíduo dotado de direitos, este, após condenação, é colocado à parte da comunidade, com o pretexto de manter a segurança e paz social (DEMARCHI, 2008).

Ocorre que, o preso volta ao convívio social, e com sua liberdade, passa a ser estigmatizado e rotulado, não importa se a prisão ocorreu de forma injusta, como no caso do Severino Antero, o mesmo afirmou não mais conseguir trabalho como encanador após ser solto, mesmo depois de provada sua inocência (DEMARCHI, 2008; OLIVEIRA, 2016).

O Direito Penal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, seu valor de *ultima ratio* deve ser efetivado, ou seja, o Direito Penal deve atuar apenas quando os demais ramos forem incapazes de tutelar os bens imprescindíveis à sociedade, do contrário, o Sistema Carcerário Brasileiro continuará servindo apenas como instrumento de punição e exclusão social (BITENCOURT, 2003).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os maiores dilemas presentes na obra fictícia analisada, a prevenção extrema e os limites da punição, acabam por refletir na sociedade contemporânea. Não é plausível, em nenhuma hipótese, que seja realizada a prisão de alguém que não tenha verdadeiramente cometido um crime.

Assim, ao contrário do exposto no filme, é necessária uma limitação ética para a prevenção de delitos. Não devem haver prisões arbitrárias ou injustas, todos possuem direito ao devido processo legal. Ninguém pode ser julgado ou condenado antes da externalização de seus atos, pois, não cabe ao Direito Penal intervir na esfera privada do indivíduo, não lhe cabendo punir a mera cogitação.

A lei penal, portanto, somente deverá ser aplicada quando uma conduta ofender um bem jurídico tutelado ou, ao menos, pôr em perigo, ainda que abstratamente, um bem de terceiro.

O referido trabalho preocupou-se assim, em demonstrar a necessidade das sociedades democráticas não apenas efetivar a prevenção de delitos, mas também estabelecer um equilíbrio entre esta e o respeito e concretização dos direitos fundamentais elencados em nossa Carta Magna. Esteve em enfoque, portanto, a realidade penal brasileira que apresenta o déficit em efetividade que acabam por violar os princípios fundamentais que asseguram a proteção do indivíduo.

Cabe ao Estado a efetivação e manutenção dos princípios penais antes, durante e posterior ao estabelecimento da pena privativa de liberdade. Estes princípios devem, necessariamente, ser observados pelo Direito Penal, sob pena de carecer de fundamentação.

Assim, ninguém pode ser julgado por crime não cometido ou por uma atitude meramente interna. Não se pode punir um pensamento ou sentimento não exteriorizado, ainda que este seja contrário ao ordenamento jurídico. E, mesmo após comprovada a autoria delitiva, durante a execução da pena, as garantias e os direitos humanos do preso devem ser respeitados.

REFERÊNCIAS

ADRIEL, Ítalo. *Iter Criminis: Iter Criminis e sua importância na teoria geral do crime*. 2016. Disponível em: <<https://italoadriel.jusbrasil.com.br/artigos/375634406/iter-criminis>>. Acesso em: 18 abril. 2019.

AGUIAR, Leonardo. *Princípio da Ofensividade*. 2016. Disponível em: <<https://leonaardaaaquiar.jusbrasil.com.br/artigos/333123759/principio-da-ofensividade>>. Acesso em: 18 abril. 2019.

ASSIS, Rafael Damaceno. *A Realidade Atual Do Sistema Penitenciário Brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, XI, n. 39, p. 74-78, dez. 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago 2018

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. *Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra relatório dinâmico "Sistema Prisional em números"*. CNPM. Disponível em: <http://www.cnpm.mp.br/portal/noticias-cddf/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 13 ago. 2018.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 11.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2001.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 9 setembro. 2008.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2016.
- FÉDER, Marcela Macedo. *Os limites da tentativa de delito: a separação entre atos preparatórios e atos de execução*. Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57139/marcela%20macedo%20feder.pdf?sequence=1&isallowed=y>> Acesso em: 25 de fev. de 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *El principio de lesividad como garantía penal*. Revista Nuevo Foro Penal, Madrid, v. 8, n. 79, p.100-114, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I*. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I*. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- HUNDSON, Barbara. *Minority report – prevendo o futuro na vida real e na ficção*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, UniBrasil, Curitiba, v. 5, 2009.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- MIRANDA, Roberta Espindola. *A CULTURA DO CONTROLE DO CRIME: entre o direito e a violência*. 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94741/295685.pdf?sequence=1&isAllowed=y/>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- MINORITY Report. Direção de Steven Spielberg. Roteiro: Philip K. Dick. [s.l]: 20th Century Fox, 2002. (206 min.), P&B. Disponível em: <https://www.netflix.com/>. Acesso em: 10 ago. 2018.

OLIVEIRA, WAGNER. *Relembre cinco casos de Injustiça ocorridos em Pernambuco*. 2016. Disponível em: http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?p=10385&doing_wp_cron=1555610385.7107560634613037109375. Acesso em: 19 de abril de 2019.

ONU. *Declaração dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.neca.org.br/programas/declaracao-dh.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

PONTES, Sergio Luiz Costa. *Iter Criminis*. 2017. Disponível em: <https://slcostaa.jusbrasil.com.br/artigos/403590883/iter-criminis>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTOS, Wellington Melo dos. *Iter Criminis – O caminho do crime*. 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18138&revista_caderno=3/. Acesso em: 25 de fev. de 2019.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t. I e II.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000.

PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ESPORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ACESSIBILIDADE E GARANTIAS INTERNACIONAIS

PEOPLE WITH DISABILITY AND THE SPORT AS A FUNDAMENTAL RIGHT: ACCESSIBILITY AND INTERNATIONAL GUARANTEES

Amanda de Paiva Lucas Araújo*
Cristiane Guerin Alves**

Resumo: A atividade física, intrínseca à natureza do homem, é parte da cultura humana desde seus primórdios. Usado, ao longo dos tempos, como ferramenta de socialização e diversão, o esporte passou também a ser uma maneira de fomentar a integração da comunidade internacional, sendo ainda forma propaganda política e nacional (principalmente nas eras modernas pós-modernas), além de ser usado como reafirmação da própria soberania de um Estado, demonstrando a força, a técnica, a disciplina e a garra de seus cidadãos. De tão presente na vida das pessoas, sendo extremamente significativo no desenvolvimento humano e social, o desporto passou a ser considerado um direito humano. Por ter esse status, surge a necessidade de uma construção teórica e prática pela ordem internacional para que seu acesso seja garantido de forma universal, sem qualquer tipo de discriminação. O presente trabalho tem como escopo a análise das garantias internacionais e nacionais, no caso do Brasil, para o acesso a esse direito, mais especificamente no que diz respeito à prática do esporte por pessoas com deficiência, grupo que por muito tempo foi negligenciado e deixado de lado pelos governantes e pela sociedade em si. Objetiva-se o aprofundamento da discussão de que a prática esportiva por pessoas com deficiência, como direito universal e fundamental, deve ser garantida por toda a comunidade internacional, adentrando na legislação doméstica, mas sempre mantendo sua autonomia e não tendo como limite as fronteiras territoriais.

Palavras-chave: Desporto. Pessoa com deficiência. Direito internacional.

Abstract: Physical activity, intrinsic to the nature of man, has been part of the human culture since its inception. Throughout the ages, as a tool of socialization and entertainment, sport also became a way of fostering the integration of the international community, and, as well, a form of political and national propaganda (especially in modern and postmodern eras), used as a reaffirmation of the very sovereignty of a country, demonstrating the strength, technique, discipline and claw of its citizens. For being so present in people's lives and extremely significant in human and social development,

* Graduanda no curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail:<amandaplaraujo@hotmail.com>.
Currículo Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/4552621490628503>>

** Graduanda no curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail:<guerin.cristiane@gmail.com>.
Currículo Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/3427674735086888>>.

sport has come to be considered a human right. Because of this status, the need arises for a theoretical and practical construction by the international order so that its access is guaranteed in a universal way, without any kind of discrimination. The present paper has as scope the analysis of the international and national, in the case of Brazil, guarantees for the access to this right, more specifically concerning the practice of the sport by people with disabilities, a group that, for a long time, was neglected and laid aside by the governments and the society itself. The goal is to deepen the discussion that sports practice by people with disabilities, as a universal and fundamental right, must be guaranteed by the entire international community, entering domestic legislation, but always maintaining its autonomy and not being limited by territorial boundaries.

Key-words: *Sport. Disabled person. International law.*

1 INTRODUÇÃO

A prática de atividades físicas acompanha o ser humano desde o início de sua história. O estilo de vida nômade, adotado pelo *homo sapiens* antes da primeira revolução agrícola consistia na caça e a coleta de alimentos, o que exigia, de certa forma, prepara físico para percorrer longas distâncias, além de resistência e força para carregar o peso daquilo que se encontrou. A transformação dessas práticas comuns no dia a dia para o que se chama de esporte, contendo certas regras, métodos e nomenclatura não tardou a se estabelecer conforme a cultura foi surgindo e a espécie humana se sedentarizou. A partir daí, o ser humano, animal social, cultural e, por sua natureza, ativo, desenvolveu cada vez mais as técnicas, criando um incontável número de brincadeiras e jogos específicos que se traduzem no que hoje chamamos de modalidades esportivas.

Por volta de 2.500 a.C, os gregos já possuíam o costume da prática de esportes como o boxe, atletismo e luta em honra aos deuses do Olimpo, como Zeus e Atenas, o que deu surgimento às chamadas Olimpíadas. Em outro cenário, os povos do Antigo Egito, por volta de 1.200 a.C ou até antes, também já praticavam a luta, jogos com bola, salto em altura e o atletismo, registrando as cenas esportivas nas paredes de templos, tumbas e obeliscos. Com o passar dos anos e das eras, o desporto, a depender do local e do momento histórico, se tornou símbolo de poder de classe, de masculinidade, de força e de dominação. Ademais, o aumento da população, propiciado pelo desenvolvimento tecnológico e científico das sociedades, os jogos foram ficando cada vez mais comuns, mais numerosos e maiores.

No âmbito da integração entre nações em grande magnitude, as Olimpíadas iniciadas na Grécia Antiga foram o principal mecanismo esportivo fomentador desse fenômeno, passando a ser um evento internacional e periódico a partir 1896, em Atenas, contando hoje com um número de 28 edições completas, sendo elas: Atenas, 1896; Paris, 1900; Saint Louis, 1904; Londres, 1908; Estocolmo, 1912; Antuérpia, 1920; Paris, 1924; Amsterdã, 1928; Los Angeles, 1932; Berlim, 1936; Londres, 1948; Helsinque, 1952; Melbourne, 1956; Roma, 1960; Tóquio, 1964; Cidade do México, 1968; Munique, 1972; Montreal, 1976; Moscou, 1980; Los Angeles, 1984; Seul, 1988; Barcelona, 1992; Atlanta, 1996; Sydney, 2000; Atenas, 2004; Pequim 2008; Londres, 2012 e Rio de Janeiro, 2016. Nos anos de 1916, 1940 e 1944 os Jogos Olímpicos não aconteceram, em virtude das duas guerras mundiais que estavam ocorrendo nesses períodos.

Barbara J. Keys, em sua obra *“Globalizing Sport: National Rivalry and International Community in the 1930s”* (Universidade de Harvard, 2013) afirma que a internacionalização do esporte se deu, dentre outros motivos, pelo estabelecimento da ideia de o desporto era uma prática essencial de um estado moderno. Segundo a autora, após as primeiras décadas do século XX, a participação em eventos esportivos internacionais, como os Jogos Olímpicos, se tornou necessária como um símbolo de nacionalismo dos países, simbolizando a identidade nacional de um povo tanto no âmbito doméstico quanto no âmbito exterior, solidificando o sentimento de pertencimento a uma nação e, por consequência, de lealdade e dever para com a pátria (KEYS, 2013). Para as grandes potências, se tornou uma questão de honra e de propaganda a conquista de mais medalhas e para os pequenos países, uma forma de buscar respeito, de atrair holofotes e de ser visto como membros da sociedade internacional.

O Brasil, principalmente após a primeira metade do século XX, passou a se destacar na área dos esportes, especialmente no futebol masculino, hoje ganhador de cinco Copas do Mundo, ficando inclusive conhecido como o “país do futebol”. Não somente nessa modalidade, os atletas brasileiros de ginástica artística, judô, tênis e vôlei, por exemplo, possuem renome mundial, sendo medalhistas em muitas competições nacionais. A título de exemplo, tem-se: Diego Hypólito na ginástica artística (medalha de prata nas Olimpíadas Rio 2016, medalha de ouro nos Jogos Pan-Americanos de 2011); a seleção brasileira de vôlei que possui, ao todo, três medalhas olímpicas de ouro e três de prata; Rafaela Silva, judoca e medalhista de ouro nas Olimpíadas Rio 2016, dentre outros. Ademais, o Estado Brasileiro já teve a honra de sediar megaeventos, tais como os Jogos Pan-Americanos de 2007, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016.

Numa escala menor, afastados dos megaeventos mencionados, temos o esporte como parte da vida em pequenas porções. As aulas de educação física no ensino fundamental, as academias ao ar livre já instaladas em muitas cidades, os parques com pistas para caminhada, os pequenos jogos de futebol feitos entre amigos, em algum campo alugado, a bicicleta das crianças, o vôlei que jogam nas areias das praias. Todos são característicos de uma vida ativa, ainda que se distancie um pouco do chamado desporto profissional, composto por regras, organizações, regulamentos e seleções.

Conforme exposto, portanto, podemos dizer que atualmente o desporto está completamente imerso em nossa sociedade, desde à tenra infância até a terceira idade, e faz (ou deveria fazer) parte da vida de todas as pessoas. Com esse cenário, tornou-se inevitável sua transformação em um direito propriamente dito, não somente no ordenamento jurídico brasileiro, mas em toda a comunidade global, sendo objeto de positivação e consagrado como direito universal.

Por ser direito de todos, não deve haver discriminação em razão de posição social, etnia, religião, deficiência, nacionalidade, idade ou de qualquer outra característica quando da garantia ao seu acesso. É preciso que qualquer pessoa, independentemente de suas condições físicas, econômicas e sociais consiga praticá-lo em qualquer lugar do mundo.

O presente trabalho tem exatamente como escopo a análise das garantias nacionais e, mais importante, internacionais para o acesso a esse direito, mais especificamente no que diz respeito à prática do esporte por pessoas com deficiência. Objetiva-se o aprofundamento da discussão de que a prática esportiva por pessoas com deficiência, como direito universal e, como se verá adiante, fundamental, deve ser garantida por toda a comunidade internacional, adentrando na legislação doméstica, mas sempre mantendo sua autonomia e não tendo como limite as fronteiras territoriais.

2 O ESPORTE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: BREVE ELUCIDAÇÃO

Na valiosa lição de Valério Mazzuoli, “quando se fala em “direitos humanos”, o que tecnicamente se está a dizer é que existem direitos que são garantidos por normas de índole internacional, isto é, por declarações ou tratados celebrados entre Estados com o propósito específico de proteger os direitos” (2017, p. 23). Levando-se em consideração tal entendimento, inarredável a conclusão de que o desporto já se concretizou perante o sistema internacional como um direito humano.

A principal entidade que trata da proteção de direitos no aspecto global, a Organização das Nações Unidas, produziu e continua produzindo um vasto número de estudos e projetos relativos às garantias para a prática do esporte por todos, afirmando expressamente em vários deles a condição do desporto com um direito humano. Veja-se, por exemplo, o artigo 1 da Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte, elaborada em 1978 pela UNESCO:

Artigo 1 – A prática da educação física, da atividade física e do esporte é um direito fundamental de todos.

1.1- Todo ser humano tem o direito fundamental de acesso à educação física, à atividade física e ao esporte, sem qualquer tipo de discriminação com base em etnia, gênero, orientação sexual, língua, religião, convicção política ou opinião, origem nacional ou social, situação econômica ou qualquer outra.

[...] (UNESCO, 1978).

Posteriormente, em 2005, essa constatação foi reafirmada no documento “*Sport as a Tool for Development and Peace Towards Achieving the Millennium Development Goals*”, elaborado por uma “task-force” da Organização. Nesse estudo, um tópico inteiro foi dedicado a lembrar ao público como a prática esportiva é um direito universal de todos, sendo inclusive consagrada como ferramenta importante no alcance da paz e desenvolvimento das nações.

Importante trecho do referido documento diz:

Sport is more than a practical method to achieve development and peace. The opportunity to participate in and enjoy sport and play is a human right that must be promoted and supported. Sport and play are therefore not only a means, but also an end.

Dúvida não há, portanto, sobre a condição do desporto como um direito humano que deve ser assegurado pela comunidade internacional, com a garantia de pleno acesso a todas as pessoas.

Ainda sob a égide das garantias essenciais ao homem, podemos dizer que o direito ao esporte foi elevado à categoria de direito fundamental. Aqui, necessária breve diferenciação entre os termos. Nas palavras de Valério Mazzuoli, direito fundamental “trata-se de expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas.” (2017, p. 27).

Trazendo esse entendimento para uma análise acerca do tratamento do tema no Brasil, por exemplo, temos que no país, mesmo com a existência de posicionamentos divergentes, o esporte se enquadra como um direito fundamental, por guardar estreita relação com a dignidade da pessoa humana, direito à saúde, lazer e à vida digna, todos consagrados na Constituição da República, promulgada em 1988.

O Art. 5º, §2º da CRFB/88 profetiza que o rol de direitos e garantias expressamente previstos no corpo do texto constitucional não seria taxativo, mas exemplificativo, de modo que aqueles previstos por meio de tratados internacionais, decorrentes de princípios ou do regime vigente na ordem atual, também podem ser considerados como direitos e garantias. Tais hipóteses se encaixam no caso do desporto, que guarda amparo em diversos documentos normativos nacionais e internacionais.

Em consonância com a previsão constitucional, presente no §2º do Art. 5º da CRFB/88 abordada no parágrafo anterior, o §3º do Art. 1º da Lei 9615/98 dispõe que os direitos e garantias estabelecidos na Lei em questão e decorrentes dos princípios constitucionais do esporte não excluem outros oriundos de tratados e acordos internacionais ratificados pelo Brasil.

Segundo Mateus Scisinio Mota,

Diante da mais absoluta veracidade da contribuição do esporte para com cada cidadão, e, via de consequência, em relação à toda a sociedade, é que se pode concluir que, conjugando-se os direitos fundamentais à vida e à saúde, a manifestação desportiva se revela, verdadeiramente, como um dos meios pelos quais se concretiza o direito à vida saudável, donde se pode extrair seu caráter de fundamentalidade. O esporte oportuniza alcançar a vida saudável, fim garantido pela Constituição, repita-se. Negar-se este direito, tal como ocorre com a vida e a saúde separadamente, significa afrontar a própria dignidade humana, também elevada pela Carta Magna (LGL\1988\3) à espécie basilar do direito. Concluir de forma contrária à natureza fundamental do direito à prática desportiva é negar aplicação a outros direitos de mesmo nível. (2011, p. 6).

Corroborando com a tese aqui defendida de que o desporto se encaixa como um direito fundamental, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., afirmam que:

A Constituição, no capítulo ‘Da Ordem Social’, onde estão concentrados os direitos que têm por propósito o resgate da dignidade humana para todos os cidadãos, prevê o direito ao desporto. Os direitos sociais objetivam a formação do ser humano integral: agente da sociedade, das relações de trabalho, construtor do mundo moderno e, ao mesmo tempo, um ser relacional, humano, que, desse modo, deve integrar sua vida com o lazer, o convívio familiar e a prática desportiva. Assim, o desporto, quer como forma de lazer, quer como parte da atividade educativa, quer ainda em caráter profissional, foi incorporado ao nosso sistema jurídico no patamar de norma constitucional. (1999, p. 414).

Nesse passo, inafastável a conclusão de que, no Estado brasileiro, o desporto possui patamar não só de direito humano, mas também de direito fundamental, previsto constitucionalmente por, sem sombra de dúvidas, influência da ordem internacional.

Dada essa natureza, portanto, são necessárias ferramentas que concretizem a prática esportiva na vida de todos, sem discriminação e com a maior acessibilidade possível, contemplando inclusive aqueles que apresentam limitações físicas e/ou mentais.

3 GARANTIAS GERAIS INTERNACIONAIS E DOMÉSTICAS PARA O ACESSO AO ESPORTE

Por ser um direito humano e fundamental, imprescindível a regulamentação da prática desportiva como meio de garantir seu acesso de forma efetiva ao maior número possível de pessoas. Ademais, em se tratando de uma atividade que, como dito, representou no passado – e continua representando – a reafirmação da soberania estatal e uma propaganda para o país, a existência de uma legislação sobre o assunto se torna fundamental perante os olhos da comunidade internacional.

Em nosso país, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe de uma seção específica para tratar sobre o desporto, tamanha relevância de tal tema. O Art. 217 do referido documento normativo afirma ser dever do Estado fomentar práticas desportivas, como um direito de cada cidadão.

A Lei 9.615/98, também conhecida como “Lei Pelé”, em sua redação atual, profetiza, em seu Art.3º, a existência de quatro manifestações do desporto, sendo estas: educacional, de participação, de rendimento e de formação. Por sua vez, o inciso II do Art. 217 da CRFB/88, dispõe que os recursos públicos serão destinados, prioritariamente, para o desporto educacional e, em casos específicos, para o de alto rendimento. No entanto, ainda que os recursos públicos sejam distribuídos da maneira anteriormente abordada, importante ressaltar que todas as modalidades devem ser fomentadas, ainda que de formas distintas, por expressa previsão constitucional, conforme já explanado.

Consolidando a ideia todas as manifestações desportivas devem ser potencializadas, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., afirmam que:

O desporto praticado como forma de lazer, costumeiramente denominado desporto de participação, compreende as modalidades desportivas que visem contribuir para a integração dos

praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e na preservação ambiental. Aqui, o principal dever do Estado é o de fomento e preservação de áreas verdes e institucionais (parques, praças etc.), para o favorecimento da prática esportiva. (1999, p. 414).

Consoante o inciso X do Art. 2º da Lei 9615/98, a descentralização é um dos princípios fundamentais do desporto, tal disposição acarreta consequências diretas ao que está expressamente previsto no Art. 217 da CRFB/88, visto que seria dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cumprir com o que está disposto no caput do dispositivo constitucional supracitado. De acordo com S.J. Assis Neto:

Ao instituir que o Estado fomentará a prática desportiva, estabeleceu-se princípio que informa a todos os entes políticos da federação, tendo-se em vista a noção de descentralização política, qual seja a de que o Estado se descentraliza em círculos secantes, que são a União, os Estados e Distrito Federal e os municípios. (1998, p. 18-19).

A Lei 11438/2006, conhecida popularmente como “Lei de Incentivo ao Esporte” ou “Lei do Esporte”, dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter esportivo. De acordo com o Art. 2º da referida legislação, os projetos desportivos e paradesportivos devem atender as manifestações educacionais, de participação ou de rendimento. Importante ressaltar que esta Lei possibilita que os projetos destinados a promover a inclusão social por meio do esporte, sejam agraciados com os incentivos regulados pelos seus dispositivos. Tal disposição é de extrema importância para a consolidação dos princípios constitucionais e das normas previstas na legislação desportiva, notadamente no que tange às pessoas com deficiência, conforme será melhor abordado e discorrido posteriormente.

O Art. 24, inciso IX, da CRFB/88 estabelece que é competência da União, Estados e Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre o desporto. No entanto, o desporto é considerado um caso especial, visto a influência das normas e regulações externas nessa área, que leva a um fenômeno conhecido como autonomia do direito desportivo, que seria uma autodeterminação nos limites da lei. (ACCIOLY, 2016, p. 39)

Caroline Nogueira Accioly tece importantes considerações acerca de tal fenômeno, segundo a autora:

Essa liberdade condicionada está explícita em diversos diplomas legais que, de formas diferentes, procuram resguardar as competências de interferências alheias ao *mundus sportivus* e principalmente da mão patriarcal do Estado, que vez ou outra insiste em interferir onde só deveria fomentar. (2016, p. 39).

É possível identificar duas acepções distintas acerca desse fenômeno, a primeira está relacionada a autonomia das decisões da justiça desportiva e a segunda, de primordial relevância para o presente trabalho, à autonomia de gestão das entidades desportivas quanto a sua organização e funcionamento que, de maneira resumida,

permite uma maior liberdade para a instituição de regras próprias, sempre levando em consideração a legislação pátria. (ACCIOLY, 2016, p. 40).

Neste diapasão surge o termo *lex sportiva* designando uma ordem desportiva transacional e autônoma, que alinha os regulamentos das federações nacionais, as normas estatais, as regras das federações internacionais e as sentenças emanadas por tribunais e cortes desportivas.

[...]

O moderno conceito da *lex sportiva*, que prevê uma ordem jurídica desportiva transnacional e autônoma, embasa o argumento de que apesar de haver liberdade no que tange ao seu modus operandi, as entidades desportivas estão adstritas aos limites de uma legislação nacional que permeia todas as relações sociais aqui presentes. (ACCIOLY, 2016, p. 40).

No mesmo sentido de ampliar a abrangência do esporte para além do que foi previsto constitucionalmente e consolidando a autonomia do direito desportivo, é importante destacar alguns dispositivos da legislação interna que reforçam tal fenômeno exposto. No capítulo da Lei 9615/98 que trata sobre a natureza e as finalidades do desporto, o inciso III do Art. 3º profetiza que o desporto de alto rendimento será praticado de acordo com as regulações nacionais e internacionais e terá como finalidade obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.

O Decreto nº 7984/2013 regulamenta a Lei 9615/98, o §1º do Art. 1º da Lei e o §1º do Art. 2º do Decreto possuem a mesma redação e proclamam que a prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto.

Retornando ao âmbito internacional e à regulamentação desse direito perante a comunidade global, que reflete diretamente na legislação doméstica brasileira acima descrita, tem-se vários dispositivos de extrema importância. Como já mencionado, um dos principais órgãos que contribuem para tal positivação é a Organização das Nações Unidas. O principal documento emitido por eles sobre o assunto leva o nome de “Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte” e discorre brilhantemente em 12 artigos com vários tópicos sobre as responsabilidades das nações em relação ao tema, destacando que a cooperação internacional é um pré-requisito para ampliar o alcance e os efeitos da educação física, da atividade física e do esporte.

No mencionado dispositivo, questões basilares para que tal direito seja assegurado são especificadas, tais como a obrigação das autoridades públicas e instituições de elaborar e implementar leis e regulamentos, definindo planos nacionais de desenvolvimento sustentáveis para o esporte; a necessidade de que haja o estímulo ao longo de toda a vida do cidadão e com o ensino realizado sempre por profissionais especializados; a imprescindibilidade de instalações e equipamentos adequados, dentre outros.

Outros personagens do cenário desportivo global não ficam para trás: o Movimento Olímpico, que, em suas próprias palavras é “a ação, concertada, organizada, universal e permanente, de todos os indivíduos e entidades que são inspirados pelos valores do Olimpismo, sob a autoridade suprema do COI (Comitê Olímpico Internacional)” elaborou a Carta Olímpica, atualizada pela última vez no ano de 2013.

Em capítulo sobre os princípios fundamentais do Olimpismo, o Movimento afirma que a prática do desporto é um direito do homem, motivo pelo qual todo e qualquer indivíduo deve ter a possibilidade de praticar desporto, sem qualquer forma de discriminação e de acordo com o espírito Olímpico, que requer entendimento mútuo, com espírito de amizade, solidariedade e *fairplay*.

Tendo como um dos objetivos encorajar e apoiar a promoção da ética e da boa governança no desporto bem como a educação dos jovens pelo desporto e orientar os seus esforços para assegurar que no desporto prevalece o espírito de *fairplay* e a violência é banida, além de encorajar e apoiar a organização, o desenvolvimento e a coordenação do desporto e das competições desportivas, a Carta Olímpica discorre longamente sobre as regras dos Jogos Olímpicos, sobre o Comitê Olímpico Internacional, organização internacional não governamental, sem fins lucrativos, de duração ilimitada, constituída sob a forma de associação dotada de personalidade jurídica, reconhecida pelo Conselho Federal Suíço nos termos de um acordo assinado a 1 de novembro de 2000, sobre as Federações Internacionais e sobre os Comitês Olímpicos Nacionais.

Um detalhado regulamento é estipulado, estabelecendo-se normas procedimentais, regras para participação nos Jogos, medidas e sanções destinadas ao Estado ou atleta que descumprir aquilo que foi determinado, bem como há uma série de disposições sobre procedimentos disciplinares em resolução de litígios envolvendo o desporto.

Esse tipo de documento possui papel primordial na organização desportiva internacional. Isso porque, embora se trate de uma entidade não governamental que não exerce poder sobre a soberania dos países, o Movimento Olímpico possui grande peso sobre as nações do globo. Como mencionado, participar de um megaevento como esse se tornou uma questão de orgulho nacional, propaganda política e forma de reafirmação de poder e soberania do país. Nesse sentido, todos os Estados que querem ter uma chance de participar dos Jogos Olímpicos devem seguir à risca o que está regulamentado na Carta, comportando-se de determinada maneira. Se lembrarmos de que nas últimas olimpíadas (Rio 2016) foram 205 nações participantes, podemos perceber a significativa influência de tal regulamentação no comportamento internacional envolvendo o desporto.

A mesma ideia pode ser usada quando se trata dos regulamentos editados pela Fédération Internationale de Football Association, popularmente conhecida como FIFA, que possui, atualmente, 211 países filiados que devem seguir de maneira rígida os regulamentos para terem uma chance de participar de um dos maiores eventos esportivos do mundo, a Copa do Mundo de Futebol.

De forma geral, portanto, percebe-se que a comunidade global já conta com amplo arsenal de regras e legislações sobre o desporto, regulamentando seu exercício. Ocorre

que, pelo que se vê na prática, a maioria esmagadora dessas disposições atingem somente as pessoas com plena capacidade física e mental, deixando de lado as pessoas com deficiência, que também são (ou deveriam ser) destinatárias do acesso à prática esportiva plena e efetiva, uma vez que se trata de direito humano e fundamental.

Os megaeventos aqui mencionados, por exemplo, têm como participantes atletas sem qualquer limitação e os eventos e instalações que contemplam os paratletas não possuem a mesma atenção, tanto do público quanto dos organizadores, o que pode levar a uma carência de regulamentação e incentivo ao paraesporte, além de gerar falta de acessibilidade à prática esportiva pelas pessoas com deficiência.

Por outro lado, sabe-se que nos últimos anos as pessoas, as organizações, as empresas e os Estados passaram a voltar um pouco mais seus olhos para esse grupo, não tão minoritário, criando mais oportunidades e espaço para seus integrantes. Nos próximos tópicos, abordaremos como essa “onda”, mais do que necessária, de atenção à acessibilidade e às pessoas com deficiência repercutiu no mundo desportivo, tanto internacional quanto no Brasil.

4 GARANTIA DO DIREITO AO ESPORTE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ASPECTOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS

Conforme já exposto anteriormente, o esporte é um direito de todos os cidadãos e deve ser fomentado em suas manifestações. De acordo com o *caput* do Art. 5º da CRFB/88, todos são iguais perante a lei, sem distinção de quaisquer naturezas. Desse modo, é inevitável o reconhecimento de que às pessoas com deficiência também devem ser assegurados todos os direitos previstos na legislação desportiva já analisada. Pretende-se nesse momento explorar as iniciativas legislativas, internacionais e nacionais, criadas no intuito de garantir a efetividade dos direitos desses cidadãos.

A Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte da UNESCO, criada em 1978, dispõe acerca de diversos assuntos de extrema importância para a comunidade esportiva internacional, como já discorrido anteriormente. No âmbito do paradesporto e da inclusão das pessoas com deficiência no meio esportivo, o Art. 1 de tal documento é de clareza solar ao afirmar que o esporte é um direito fundamental de todos. Ainda que não fosse necessário, tendo em vista que a interpretação desse dispositivo já permite a inclusão das pessoas com deficiência no esporte, a Carta Internacional foi brilhante ao trazer de forma expressa, no tópico 1.3 do referido artigo, a previsão de que oportunidades inclusivas no meio esportivo devem ser disponibilizadas para as pessoas com deficiência:

[...]

1.3 Oportunidades inclusivas, assistivas e seguras para a participação na educação física, na atividade física e no esporte devem ser disponibilizadas a todos os seres humanos, em especial crianças de idade pré-escolar, pessoas idosas, **pessoas com deficiência** e povos indígenas. [...] (grifos nossos) (UNESCO)

Por sua vez, o Art. 8 da Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte delibera sobre os espaços, instalações e equipamentos adequados

e seguros para a prática de esportes. De acordo com as disposições previstas neste trecho do documento, os espaços destinados à práticas esportivas devem ser disponibilizados levando em consideração as diferentes necessidades, inclusive das pessoas com deficiência, o que tem como corolário uma maior inclusão, tendo em vista que a acessibilidade gerada permite o ingresso de todas as pessoas nesses espaços sem que haja discriminação. Na íntegra:

Artigo 8 – Espaços, instalações e equipamentos adequados e seguros são indispensáveis para a prática da educação física, da atividade física e do esporte de qualidade.

8.1 - Devem ser disponibilizados e mantidos espaços, instalações, equipamentos e vestiários, adequados e seguros, para atender às necessidades dos participantes da educação física, da atividade física e do esporte, levando em consideração as diferentes necessidades associadas às condições climáticas e culturais, assim como às questões de gênero, idade e deficiência. [...] (UNESCO)

Além da Organização das Nações Unidas, outros personagens da comunidade desportiva internacional também providenciaram documentos para garantir o exercício pleno do direito ao esporte por todas as pessoas. Tem-se, por exemplo, o Comitê Paraolímpico Internacional (CPI ou International Paralympic Committee), fundado em 1989, com o objetivo de desenvolver oportunidades esportivas para as pessoas com deficiência. Em sua redação original, o manual do Comitê dispõe:

The vision of the International Paralympic Committee is to enable Paralympic athletes to achieve sporting excellence and inspire and excite the world. (INTERNATIONAL PARALYMPIC COMMITTEE)

É importante ressaltar que o CPI possui o desígnio de buscar a ampliação e o fortalecimento das modalidades paraolímpicas. De acordo com o documento anteriormente abordado, o Comitê Paraolímpico Internacional deve:

Ensure the growth and strength of the Paralympic Movement through the development of National Paralympic Committees in all nations, and support the activities of all members. (INTERNATIONAL PARALYMPIC COMMITTEE)

O manual do Comitê Paraolímpico Internacional profetiza ainda que os membros dessa organização devem respeitar os seus códigos, regras, regulamentos e decisões. Tal previsão corrobora com a tese da autonomia do direito desportivo, visto que a gestão das entidades desportivas quanto a sua organização e funcionamento estão sujeitas não apenas à legislação pátria, mas devem também observar disposições internacionais. Importante trecho do referido documento diz:

All International Paralympic Committee (IPC) members shall have the obligation to:

2.1.1 Respect and abide by the IPC Constitution, the IPC bylaws, codes, rules, regulations and any other decisions taken by the IPC

Outro documento primordial, sem sombra de dúvidas, é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque dezembro de 2006 e ratificada, junto com o Protocolo Facultativo, pelo Brasil em março de 2007, um dos documentos de maior importância para a concretização dos direitos da pessoa com deficiência elaborado no século XXI. A Convenção foi criada com o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, conforme expressamente disposto em seu art. 1º.

No âmbito esportivo, o Art. 30 é o dispositivo de maior relevância, visto que este trata da participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte. Segundo ele, os Estados-partes, visando assegurar que as pessoas com deficiência participem, em igualdade de condições com as demais pessoas, de atividades esportivas deverão tomar diversas medidas no desígnio de alcançar as várias metas estabelecidas por este documento, sendo que tópico 5 do Art. 30 da Convenção trata especificamente dessas questões.

Dentre as providências previstas no trecho citado é importante ressaltar o incentivo e promoção de uma maior participação das pessoas com deficiência nas atividades esportivas, além do fato de que deve ser assegurado às crianças com deficiência, em igualdade de condições com as demais, participação de jogos e atividades recreativas esportivas, inclusive no ambiente escolar. Na íntegra:

Artigo 30 [...]

5 - Para que as pessoas com deficiência participem, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de atividades recreativas, esportivas e de lazer, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para:

- a) Incentivar e promover a maior participação possível das pessoas com deficiência nas atividades esportivas comuns em todos os níveis;
- b) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de organizar, desenvolver e participar em atividades esportivas e recreativas específicas às deficiências e, para tanto, incentivar a provisão de instrução, treinamento e recursos adequados, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;
- c) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso a locais de eventos esportivos, recreativos e turísticos;
- d) Assegurar que as crianças com deficiência possam, em igualdade de condições com as demais crianças, participar de jogos e atividades recreativas, esportivas e de lazer, inclusive no sistema escolar;
- e) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso aos serviços prestados por pessoas ou entidades envolvidas na organização de atividades recreativas, turísticas, esportivas e de lazer. (BRASIL, 2009).

É importante ressaltar que o incentivo à participação das pessoas com deficiência previsto nesse documento não se resume apenas a atuação como esportistas, mas também a sua presença como espectadores de eventos desportivos, através de locais dotados de toda a acessibilidade necessária.

A cooperação internacional, prevista no Art. 32 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também é outro ponto que merece ser salientado. Nesse trecho, os Estados-partes reconhecem a importância de promover a cooperação internacional, em especial com organizações internacionais de pessoas com deficiência, visando assegurar que os programas internacionais de desenvolvimento sejam inclusivos, bem como que haja auxílio nas pesquisas e acesso a conhecimentos científicos e técnicos.

As obrigações gerais assumidas pelos Estados-partes estão expressamente previstas no Art. 4º da referida Convenção. Mister salientar que nesse trecho consta o comprometimento, por parte dos signatários, em adotar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para efetivar os direitos reconhecidos na Convenção.

No Brasil, o Decreto 6949/2009 foi o responsável pela internacionalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na legislação interna. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, dentre outras modificações, acrescentou o §3º no Art. 5º, profetizando a possibilidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, através de um procedimento específico previsto nesse dispositivo, se tornarem equivalentes às emendas constitucionais, sendo que a Convenção foi internacionalizada através de tal procedimento e adquiriu status constitucional.

No Estado brasileiro, a maior e mais recente iniciativa legislativa que visa cumprir a obrigação assumida pelo país é a Lei 13146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo considerada por alguns doutrinadores como um meio de execução da política determinada pela Convenção (ARAÚJO, COSTA FILHO, 2015, p. 2).

Em relação ao esporte é importante destacar alguns dispositivos presentes no Estatuto da Pessoa com Deficiência. O Art. 8º, por exemplo, afirma ser dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência a efetivação de diversos direitos, dentre eles o desporto. Já o Art. 28, inciso XV, ganha destaque nessa área ao incumbir ao poder público a tarefa de assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar o acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a atividades esportivas no ambiente escolar.

O capítulo IX da Lei 13146/2015 trata especificamente sobre o direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer, sendo que para o presente trabalho serão analisadas apenas as disposições referentes ao esporte. De acordo com os dispositivos desse capítulo, as pessoas com deficiência terão acesso às atividades desportivas em formato acessível, devendo o poder público promover e assegurar a participação da pessoa com deficiência em atividades esportivas em igualdade de condições com as demais pessoas. Além disso, devem ser reservados espaços livres e assentos para a pessoa com deficiência em estádios, ginásios de esportes, visando garantir a participação destes cidadãos também como espectadores, não apenas como atletas.

Ainda que o Estatuto da Pessoa com Deficiência seja o documento de maior renome atualmente, é importante destacar outras legislações, anteriores à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que demonstram iniciativas do Poder Legislativo em normatizar direitos desse grupo.

Segundo dados do sítio eletrônico do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil existem 45,6 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, o que representa 23,92% da população brasileira. No intuito de melhor assessorar esse setor da população, o Decreto 3076/99 instituiu o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), órgão de deliberação colegiada que faz parte da Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República desde 2003, criado com a finalidade de monitorar e avaliar as políticas voltadas para a inclusão de pessoas com deficiência.

Além da criação de um órgão específico para monitorar as políticas voltadas para a inclusão de pessoas com deficiência, no âmbito do esporte é importante citar a Lei 11438/2006 que dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter esportivo. Conforme se extrai da interpretação sistêmica dessa Lei, os projetos paradesportivos destinados a promover a inclusão social por meio do esporte, podem ser agraciados com os incentivos regulados pelos seus dispositivos. Tal normatização é de extrema relevância para possibilitar a inclusão das pessoas com deficiência no meio desportivo e assegurar uma maior possibilidade de fomentação dos projetos paradesportivos.

Por fim, é válido tecer algumas considerações acerca do Comitê Paraolímpico Brasileiro (CPB), criado em 1995. De acordo com o estatuto social dessa organização, especialmente o Art. 3º, a sua finalidade seria representar, dirigir e coordenar, de acordo com as normas, regulamentos e regras nacionais e internacionais, o segmento esportivo paraolímpico do país com vistas a zelar pelo fomento do paraolimpismo no Brasil. É forçoso reconhecer que tal previsão reforça a ideia da autonomia do direito desportivo, já discutida anteriormente no presente trabalho.

5 CONCLUSÃO

A atividade física, intrínseca à natureza do homem, é parte da cultura humana desde seus primórdios. Usado, ao longo dos tempos, como ferramenta de socialização e diversão entre as pessoas, começou a ser regulamentado, com a criação de regras e de modalidades. Não somente como lazer, o esporte passou a ser elemento de integração da comunidade internacional, sendo ainda forma propaganda política e nacional (principalmente nas eras modernas e pós-modernas), além de ser usado como reafirmação da própria soberania de um Estado, demonstrando a força, a técnica, a disciplina e a garra de seus cidadãos. Desde a tenra infância até à terceira idade somos, ou deveríamos ser, contemplados com a possibilidade da prática de atividades físicas e esportivas. De tão presente na vida das pessoas, de tão importante no desenvolvimento humano e social, o desporto passou, evidentemente, a ser considerado um direito.

O direito ao esporte, consagrado internacionalmente como direito humano, por previsão expressa da Organização das Nações Unidas, e elevado ao patamar de di-

reito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, passou há muito da categoria de “direito esquecido”, como já foi conhecido, para uma importante garantia na vida das pessoas. No Brasil e no mundo, ele vem sendo garantido não só na teoria, com documentos como a Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte (1978) e a Lei Pelé (1998), mas também na prática, com a criação de espaços públicos para a prática esportiva, a realização de megaeventos como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos em países das mais diferentes culturas e patamares de desenvolvimento (acabando com a preferência dada aos chamados “países desenvolvidos”) e a fiscalização, por parte de órgão vinculados à ONU, da sua concretização.

A autonomia da legislação esportiva é essencial para que cada vez mais pessoas sejam contempladas pela garantia da prática ao esporte. Sua internacionalização permite reafirmar o caráter universal desse direito, demonstrando que independentemente de fronteiras, seu exercício será garantido.

No tocante ao seu acesso por pessoas com deficiência, não há como negar que houve, por muito tempo, certa negligência. Nos tempos antigos, várias culturas acreditavam que pessoas com limitações físicas ou mentais eram a “escória da sociedade”, pessoas investidas de forças malignas e que deveriam ser isoladas da vida social. Esse preconceito diante do diferente, da minoria, perdurou com o passar dos séculos. Adolf Hitler, por exemplo, promoveu na Alemanha Nazista a aniquilação de pessoas com deficiência, inicialmente afastando-as de sua família e, depois, num ato de crueldade sem tamanho, matando-as.

Por esses e outros motivos, o acesso dessas pessoas à prática esportiva ocorreu tardiamente. Apenas no ano de 1888 tem-se notícia dos primeiros clubes esportivos com paratletas. Ademais, apenas após a Segunda Guerra Mundial, com a consolidação dos direitos humanos, foi que o paradesporto começou a ser introduzido na rotina da comunidade esportiva internacional. Os primeiros Jogos Paralímpicos, por exemplo, ocorreram somente no ano de 1960, em Roma, enquanto os Jogos Olímpicos tiveram seu início oficial em Atenas no ano de 1896.

Contudo, com a evolução do entendimento dos Estados e das próprias pessoas em relação às minorias do mundo, o cenário começou a se alterar. Os documentos internacionais passaram a incluir expressamente garantias de acessibilidade, disposições contrárias a qualquer tipo de discriminação e impuseram aos países o dever da garantia universal do direito ao esporte. Avançando mais ainda, documentos específicos, direcionados aos direitos das pessoas com deficiência começaram a ser elaborados. Tem-se como exemplo a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (1978), o Manual de Comitê Paralímpico Internacional e, no Brasil, o Estatuto das Pessoas com Deficiência (2015).

Na prática, as construções dos megaeventos passaram a ter uma arquitetura pensada na acessibilidade e inclusão, os Estados já passaram a promover políticas públicas como a entrega de academias ao ar livre com equipamentos acessíveis a todos, a exemplo do Brasil, o setor privado, sob fiscalização de órgãos públicos, promoveu alterações, academias já possuem aparelhos completamente adaptados à fisiologia das pessoas com deficiência, dentre outros.

É inarredável, portanto, a conclusão de que, de fato, o esporte como direito humano e fundamental vem sendo garantido às pessoas com deficiência. Entretanto, a luta ainda não acabou. Muito ainda há que se fazer para que esse grupo consiga pleno acesso à prática esportiva no mundo. É perceptível que ainda há uma valorização muito menor da prática esportiva por pessoas com deficiência do que por aquelas que não possuem alguma barreira física ou mental. Os patrocínios para elas são menores, a visibilidade de eventos como as Paraolimpíadas é claramente diferente, não havendo a transmissão televisiva e jornalística por tantos canais de comunicação como o que há nas Olimpíadas, os locais e profissionais aptos a esse tipo de treino ainda não são tantos.

Tem-se, desse modo, ainda um longo percurso, principalmente no que tange à desconstrução do preconceito que se manteve na mente e na cultura humana por tanto tempo. A legislação e regulamentação específica devem continuar ocorrendo na comunidade internacional e no âmbito doméstico, como já vem ocorrendo, mas acreditamos que, além disso, é essencial a dedicação dos líderes de Estado e das organizações internacionais na reafirmação de que as pessoas com deficiência não são, de forma alguma, menos capazes, construindo um cenário de plena igualdade tanto legal quanto fática.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Caroline Nogueira. *A autonomia desportiva na Constituição da República de 1988*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3ª Edição. Ed: Saraiva. São Paulo, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas novidades*. Revista dos Tribunais Online, v. 962, p. 65-80, dez.2015.

ARNAUD P., Riordan, J. *Sport and International Politics: Impact of Facism and Communism on Sport*. Taylor & Francis e-Library, 2003.

BAYER, Rodrigo Steinmann. *A ideia de autonomia das organizações internacionais esportivas*. Revista dos Tribunais Online, Revista Brasileira de Direito Desportivo, v. 26, p. 211-239, jul./dez.2014.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____. DECRETO nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____. DECRETO nº 7.984, de 8 de abril de 2013. Regulamenta a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7984.htm#art68>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____. LEI nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9615consol.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____. LEI nº 11.438, de 29 de dezembro de 2006. Dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11438.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____. LEI nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

COMITÊ OLÍMPICO INTERNACIONAL. *Carta Olímpica*. Disponível em:< http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

COMITÊ PARAOLÍMPICO BRASILEIRO. *Estatuto Social*. Disponível em:< http://www.esporte.gov.br/arquivos/SEI_58000_116219_2017_66_5.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

CONADE. Disponível em:< <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/conade>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS – DIVISION FOR INCLUSIVE SOCIAL DEVELOPMENT. *Disability and Sports*. Disponível em:< <https://www.un.org/development/desa/disabilities/issues/disability-and-sports.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FIFA. Disponível em:< <https://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

INTERNATIONAL PARALYMPIC COMMITTEE. *History of the Movement*. Disponível em:< <https://www.paralympic.org/the-ipc/history-of-the-movement>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. *Handbook*. Disponível em:< <https://www.paralympic.org/the-ipc/handbook>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

KEYS, Barbara J. *Globalizing Sport: national rivalry and internacional community in the 1930s*. First Harvard University Press paperback edition, 2013.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª Edição. Ed. Método. São Paulo, 2017.

MELO FILHO, Alvaro. *Direito Desportivo: Novos Rumos*. 1ª Edição. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2004.

MOTA, Mateus Scisinio. *A prática desportiva como direito fundamental*. Revista dos Tribunais Online, Revista Brasileira de Direito Desportivo, v. 19, p. 119-135, jan./jul.2011.

NETO, S. J. de Assis. *O desporto no direito*. 1ª Edição. Ed. Bestbook Editora Distribuidora Ltda. São Paulo, 1998.

OLYMPIC GAMES. Disponível em:< <https://www.olympic.org/olympic-games>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PENTEADO, José Tadeu Rodrigues. *Direito desportivo constitucional: O desporto educacional como direito social*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2016.

TERRA. *Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro em números*. Disponível em:< <https://www.terra.com.br/esportes/jogos-olimpicos/2016/jogos-olimpicos-do-rio-de-janeiro-em-numeros,0fb8e1d2ed5cd8837c886e37920f66fa1c76egae.html>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

UNESCO. *Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte*. Disponível em:< <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002354/235409POR.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

VIANA, Eduardo. *A realidade esportiva brasileira e o direito desportivo*. Revista dos Tribunais Online, Revista Brasileira de Direito Desportivo, v. 5, p. 80-86, jun.2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO DURANTE A GRAVIDEZ

CIVIL RESPONSIBILITY OF THE PREGNANT WOMAN FOR DAMAGES CAUSED TO THE NASCITUR DURING PREGNANCY

Bianca Alves Fernandes*

Resumo: O objetivo desse estudo é analisar a possibilidade de responsabilidade civil à gestante por condutas prejudiciais que resultem em dano ao nascituro durante a gravidez. Para isso, far-se-á um estudo aprofundado na natureza jurídica do nascituro e sua personalidade jurídica sob o ponto de vista da teoria concepcionista. Será feita a ligação entre a personalidade jurídica e responsabilidade civil por danos causados ao nascituro, com a possibilidade de gerar indenização compensatória na esfera jurídica. Ademais, devem ser analisados casos concretos existentes na jurisprudência estrangeira com base no sistema do Common Law, fazendo uso da doutrina e legislação concernentes ao tema proposto. Embora o objeto de estudo apresente conteúdo ainda não solucionado e com resultados não consubstanciados no ordenamento jurídico vigente em território nacional, a análise merece destaque para depreender diversos pontos que podem ser observados no cotidiano e que, caso não sejam avaliados, podem gerar riscos e consequências para o nascituro. O método de abordagem a ser utilizado é o método dedutivo, partindo-se da premissa de que o nascituro é sujeito de direitos para se chegar ao resultado conclusivo de que o nascituro pode responsabilizar civilmente a mãe por ter lhe causado danos durante a gestação. O método de procedimento é o monográfico, visando delimitar o caso através da análise da natureza jurídica do nascituro e o instituto da responsabilidade civil para posterior resolução da conclusão, através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves: Danos ao nascituro. Direito de personalidade. Responsabilidade civil.

Abstract: The objective of this study is to analyze the possibility of civil liability to the pregnant woman for harmful behaviors that result in damage to the unborn child during pregnancy. To this end, a thorough study will be made of the legal nature of the unborn child and his or her legal personality from the point of view of conceptionalist theory. I will liaise between legal personality and civil liability for damages caused to the unborn child, with the possibility of generating compensatory damages in the legal sphere. In addition, I will analyze some concrete cases in foreign jurisprudence, based on the Common Law system, I will use jurisprudence, doctrine and legislation concerning the proposed theme. Although the object of study presents content that has not yet been solved and results that are not embodied in legal system, its analysis deserves to be highlighted in several points that can be observed in our everyday lives and which, if not evaluated, can create risks and consequences for the unborn child. The method of approach used is the deductive method, starting from the premise that the unborn child is subject of rights to arrive at the conclusive result the unborn child can civilly blame the mother for having caused damages to him during pregnancy. The procedure

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis. Endereço eletrônico: biaafernandes@hotmail.com

method is the monographic, aiming to delimit the case through the analysis of the legal nature of the unborn child and the institute of civil responsibility for later resolution of the conclusion, through bibliographic research.

Key-words: Damages to the unborn. Right of personality. Civil liability.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a responsabilidade civil imputável às gestantes que, a depender das condutas adotadas, podem gerar danos ao nascituro. Trata-se de um tema importante para o Direito, principalmente se analisado pela teoria concepcionista, a qual confere direitos de personalidade ao nascituro e podem ser exercidos no nascimento com vida.

Propõe-se com esta pesquisa elucidar a problemática colocada pela doutrina no que se refere aos direitos de personalidade conferidos ao nascituro pelo ordenamento jurídico, já que seria possível afirmar que a lesão a tais direitos enquanto ainda nascituro podem resultar em responsabilidade civil. Neste diapasão, responsabilizar civilmente as gestantes pelas condutas prejudiciais ao ser em desenvolvimento na vida intrauterina durante a gestação e que resultem em danos à formação intrauterina seria conduta típica a ser compelida pelo Estado.

É uma questão que, após analisada profundamente, leva a vários caminhos que refletem significativamente na sociedade, visto que é relativamente comum recém-nascidos nascerem com problemas de saúde por imprudência da mãe na gravidez. Tais danos podem ser cometidos por terceiros que, por falta do dever de cuidado, acabam gerando danos à gestante e, conseqüentemente, ao nascituro ou como descrito anteriormente, por condutas da própria gestante, o qual aprofundar-se-á este estudo.

Ademais, importante ressaltar que se busca com esse trabalho a relativização da liberdade comportamental da mulher durante a gravidez, de forma que haja um equilíbrio entre os direitos da mãe e os direitos assegurados ao nascituro para que este não venha a sofrer danos em sua esfera de direitos.

A legislação vigente não estabelece lei infraconstitucional que trate especificamente sobre o tema, deixando lacunas quanto à possibilidade de responsabilidade civil extrapatrimonial no caso de dano ao direito de personalidade do nascituro. Contudo, pode-se afirmar que, segundo o ordenamento jurídico, o nascituro é um ente personalizado que guarda, até o nascimento com vida, o condão de ser sujeito de direitos. A legislação não proíbe que a gestante, por exemplo, fume ou consuma bebidas alcoólicas em grande quantidade mas, embora sejam lícitas, ainda sim são prejudiciais e podem resultar em dano ao nascituro.

2 A PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Civil foram fundamentais para que houvesse uma mudança no entendimento jurisprudencial e,

principalmente, uma mudança axiológica, produzindo efeitos no direito positivista, filosófico e na metodologia jurídica. Cada um possui uma área de atuação, o primeiro é responsável pela organização da sociedade política e protetor dos direitos fundamentais, enquanto o segundo protege os direitos particulares de cada pessoa em suas várias relações jurídicas e pessoais.

De acordo com Zanini (2011, p. 49) fundamentado por Szaniawski, após os acontecimentos decorrentes da Segunda Guerra Mundial e na tentativa de que não voltassem a ocorrer, as constituições passaram a se fundamentar na dignidade da pessoa humana. O novo direito civil abandonou o liberalismo e se adaptou aos princípios constitucionais, no sentido de realizar a justiça social. Essa mudança de paradigma resultou na valorização dos direitos de personalidade. Colocando a pessoa humana como valor prioritário e fundamental da ordem jurídica, o dano à pessoa passa a ser visto como causa determinante do dever de indenizar (AMARAL, 2017).

Na cultura antiga, *prosopon* (Grécia) e *persona* (Roma) significavam a máscara utilizada para individualizar os personagens da vida social (VASCONCELOS, 2006). Foi com referência a esse papel representado no meio social, que o termo pessoa se desenvolveu no meio jurídico e passou a designar pessoa como o sujeito de direitos, desde que o mesmo usufruísse de sua liberdade e também fosse cidadão romano e chefe de família.

Berti (2008, p. 58) conceitua a pessoa em dois planos, o filósofo e o jurídico. Segundo o primeiro, "pessoa é o ser humano individualizado, de existência própria e caracterizado essencialmente por sua unicidade, interioridade, racionalidade e autonomia". No plano jurídico, pessoa é "o sujeito de direitos capaz de ser titular de direitos e obrigações" (BERTI, 2008, p. 59). É o ser ao qual a ordem jurídica atribui direitos objetivos, patrimoniais e extrapatrimoniais (BERTI, 2008).

A palavra dignidade, no sentido ético, fazia parte da obra Kantiana. Na sociedade, tudo tem um preço ou dignidade. O preço é o valor dado às coisas, que admitem a substituição por algo equivalente, enquanto a dignidade é um valor interno, de interesse geral, superior a qualquer preço e insubstituível por qualquer equivalente pertencente à pessoa (ZANINI, 2011, p. 68).

Dignidade é a qualidade da pessoa, sendo esta oponível a terceiros e tido como um valor absoluto de toda pessoa. Esse valor exprime-se como um valor ético, segundo o qual a pessoa é um fim em si mesmo e, por isso, deve ser respeitada por todos, concretizando a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico (AMARAL, 2017).

Há uma tríplice categoria de direitos que têm seu fundamento na dignidade da pessoa humana: Direitos Humanos (no âmbito do direito de personalidade internacional, direitos do Homem), Direitos Fundamentais (âmbito constitucional, pressupõe relações de poder) e Direitos da Personalidade (âmbito do direito civil, pressupõe relações de igualdade) (AMARAL, 2017).

É nesse contexto, de dar efetividade à importância do valor da pessoa, que se enfrenta o problema da responsabilidade civil pelos danos à pessoa. Este trabalho aborda, especificamente, dos direitos de personalidade.

3 DIREITO DE PERSONALIDADE

Conforme Amaral (2017), os direitos da personalidade são os direitos da pessoa que têm como cerne os bens e valores essenciais da pessoa. Sendo assim, a personalidade é a qualidade de ser pessoa. Não há Direito sem pessoas e são elas o fundamento ontológico do Direito (VASCONCELOS, 2006, p. 47). Os direitos da personalidade possuem caráter absoluto, pois se impõem ao respeito de todos. São também extrapatrimoniais e indisponíveis.

Conforme Zanini (2011, p. 110), consolidou-se na doutrina o entendimento de que “os direitos personalíssimos são insuscetíveis de transmissão de um titular para outro, de exercício apenas de seu titular, devido ao caráter *intuitu personae*, encontradas nas obrigações personalíssimas”.

Outro aspecto importante dos direitos de personalidade é com relação a sua tipificação, pois esta não constitui um limite material do direito de personalidade. Isso pois, caracterizam-se apenas como tipos ideais com origem em tipos reais que se apresentam com maior frequência e não cobrem todas as possibilidades de casos, ou seja, representam apenas tipificação de casos que possuem uma certa frequência. Não delimitam, dessa forma, excluindo casos que lhe são exteriores.

A personalidade humana tutelada não reveste um caráter estático, mas dinâmico, protegendo por isso mesmo o direito ao desenvolvimento dos próprios direitos de personalidade. O Homem, desde a sua concepção está em constante evolução, de modo que sua personalidade somente pode ser adequadamente compreendida mediante a consideração global deste fenômeno (SOSA apud GARCIA, 2007, p. 92).

O Direito ocupa-se da personalidade de dois modos: objetivamente e subjetivamente. O relacionamento entre o Direito objetivo e o subjetivo de personalidade está ancorado no diálogo entre o bem comum e o bem próprio. Este diálogo, em sua origem, possui a grande diferença no modo de ver a inserção da pessoa no ambiente em que se insere, entre o objectivismo platónico-aristotélico e o subjectivismo estóico (VASCONCELOS, 2006).

O primeiro, objectivismo platónico-aristotélico, parte da *pólis* para a pessoa individualmente falando. A *pólis* é o estado natural da pessoa, e o indivíduo é membro da *pólis*. Pode-se associar este conceito ao de Ordem Pública, Bons costumes e Bem Comum. Dessa forma, constitui-se com a regulação jurídica relativa a defesa da personalidade consagrada, cuja razão esteja fundada na ordem pública assumindo papel relevante sob os princípios que regem sobre a tutela da personalidade e que são indisponíveis (VASCONCELOS, 2006, p. 47).

Essas regras são impostas pelo respeito da dignidade humana e não cabe ao Estado legislar ou dispor acerca de tais matérias concernentes à vida e dignidade pessoal. Assim também não cabe a nenhum indivíduo dispor sobre os direitos de personalidade. Estão abrangidos no direito objetivo da personalidade os direitos humanos, o direito constitucional e fundamental de cada ser humano concernente a

dignidade humana, o direito penal dos indivíduos (crimes contra as pessoas) e também o direito civil.

Enquanto o direito objetivo é tido como um dever de agir perante o outro, o direito subjetivo corresponde a um direito absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade enquanto pessoa. Diante disso, a lei surge como um instrumento de defesa que dá a cada indivíduo poderes jurídicos para a titularidade de seus direitos de personalidade e seu exercício é livre e depende da autonomia de cada um (VASCONCELOS, 2006).

Importante ressaltar que, o direito subjetivo de personalidade é disponível e encontra-se ancorado na autonomia privada, ou seja, pode a pessoa tolerar ofensas e prescindir de sua defesa. Portanto, são tidos como poderes que seu titular possui de defender seus direitos de personalidade contra o Estado e qualquer outro indivíduo (VASCONCELOS, 2006).

Este entendimento do direito subjetivo de personalidade como um “jus in se ipsum”, ou seja, um direito sobre si próprio, tem origem no Humanismo e na Idade Moderna (VASCONCELOS, 2006, p. 58). Essa concepção se dividia entre duas escolas, a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico.

Segundo a primeira, a admissão de um direito subjetivo da personalidade levaria ao reconhecimento de um direito cujo objeto é a própria pessoa, o que autorizaria a disposição sobre si mesmo, inclusive o suicídio (ZANINI, 2011). Por isso a Escola Histórica do Direito negava aos direitos de personalidade a qualidade de subjetivos e a impossibilidade de um sistema absoluto de direito, como o direito natural, pois o direito se refere a expressão da individualidade de um povo.

Para o positivismo, os direitos que derivam da pessoa somente seriam reconhecidos se eles estivessem expressamente tipificados no ordenamento jurídico, pensamento este que convalidou em grande parte da Europa (ZANINI, 2011).

3.1 A personalidade no Código Civil de 2002

A origem da personalidade no ordenamento jurídico é tratada no Código Civil de 2002, no art. 2º, segundo o qual “a personalidade da pessoa começa do nascimento com a vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção”. Na segunda parte do dispositivo se encontra a personalidade natural, ou seja, tem origem com a concepção.

O nascituro é protegido legalmente em toda a sua vida intrauterina. Na primeira parte podemos constatar a personalidade civil, que se dá a partir do nascimento com vida. A partir de então, o ser concebido é suscetível de direitos e obrigações (BERTI, 2008). Pode-se dizer que a lei civil reconhece, portanto, a personalidade natural do nascituro. O ser em gestação já é uma pessoa, mas no sentido jurídico, somente o será com o nascimento com vida.

Diante disso, a tutela que é dada a pessoa humana é estendida do nascituro ao embrião, trazendo à tona uma discussão muito recorrente no direito no que diz respeito

à natureza jurídica e personalidade do nascituro. Os direitos de personalidade são inatos pelo fato de que são adquiridos no instante da concepção e não podem ser retirados da pessoa enquanto ela vive, pois são inerentes à qualidade humana (DINIZ, 2016).

Essa discussão doutrinária desencadeou três teorias que se referem ao início da personalidade jurídica: a teoria natalista, que sustenta que esta se inicia com o nascimento com vida; a teoria concepcionalista, que defende começar com a concepção; e a teoria da personalidade condicional, que aduz começar desde a concepção, mas permanece a condição do nascimento com vida (AMARAL, 2017).

O estudo etimológico da palavra nascituro aponta que o termo tem origem do latim nasciturus, significando aquele que deverá nascer, que está por nascer. Nesse sentido, trata-se do já concebido mas ainda não nascido. Desta forma, sob o enfoque da teoria natalista, o nascituro não é, e não pode ser, dotado de personalidade jurídica, pois essa só é adquirida com o nascimento com vida (ROSENVALD; FARIAS, 2014).

Outra teoria, é a condicional. Na linguagem jurídica condição é o evento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Se dá de dois modos, resolutiva e suspensiva. A doutrina admite uma personalidade civil condicional, cuja eficácia esteja subordinada ao nascimento com vida e a maior parte da doutrina entende se tratar de uma condição suspensiva. Para esta corrente, o nascituro é uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade condicionada ao nascimento com vida (ROSENVALD; FARIAS, 2014).

A terceira se refere a teoria concepcionalista, segundo a qual o nascituro titulariza, desde a concepção, os direitos de personalidade e por isso já dispõe de personalidade jurídica, apesar de seus direitos patrimoniais estarem sujeitos ao nascimento com vida. Borges (2007), considera que o nascituro já é titular de direitos da personalidade argumentando que sua aquisição na forma do art. 2º do Código Civil determina apenas a aquisição de direitos patrimoniais.

A teoria condicional é por alguns criticada pois não leva em consideração os direitos extrapatrimoniais atribuídos à criança ainda no ventre materno. Um exemplo disso é o cuidado que a criança exige quando ainda em desenvolvimento fetal. São direitos que, sem um titular, acabam por ficar à mercê da condição suspensiva, ou seja, o nascimento. Ademais, a criança concebida seria titular de direitos em formação em que somente medidas conservatórias poderiam ser realizadas (BERTI, 2008, p. 84).

No Brasil, atualmente, com fulcro na doutrina majoritária sufragada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 foi a concepacionalista, ainda que a breve leitura do art. 2º dê a impressão de ser a natalista.

“DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma,

o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional”¹

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º, e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatela-do (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais.

¹ STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232

Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido.²

Em relação a isso, podemos citar o 1º Enunciado da I Jornada de Direito Civil: Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.

3.2 Tutela pré-natal da personalidade e tutela jurídica do nascituro

A gravidez é um momento muito delicado da vida da mulher, já que esta abriga em seu próprio corpo uma outra vida que a seus comportamentos está subordinada até que seu desenvolvimento embrionário se dê por completo e este esteja apto a exercer suas funções vitais. Embora seu contato se limite apenas à mãe, importante lembrar que o nascituro pode ser lesado indiretamente por terceiros quando sua mãe é atingida ou lesionada e pode também ser lesado por sua mãe através de condutas negligentes.

Atualmente, tem-se a concepção de que as mães devem ter cuidados especiais na gravidez, que muitas vezes não são cumpridos, gerando o risco de lesão ao ser em desenvolvimento que pode sofrer consequências graves (VASCONCELOS, 2006).

Independente da teoria utilizada para responder ao questionamento do momento de aquisição da personalidade jurídica, é certo dizer que o nascituro, ontologicamente é pessoa. Por isso a lei não poderia dizer que antes do nascimento não há pessoa, pois não compete à lei determinar a existência da pessoa (GARCIA, 2007, p.96).

A fase pré-natal em que se encontra o nascituro é somente uma das fases no processo da vida humana. Dado isso, a lei não pode omitir esse fato e não atribuir ampla proteção aos seus direitos de personalidade, já que os direitos de personalidade são

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acessado em: 16/07/2019

inerentes à pessoa e não ao nascimento. De acordo com Vasconcelos (2006), desde a concepção o nascituro já é titular de direitos de personalidade, especialmente o de integridade física, e possui o direito de ser tratado conforme os cuidados que a fase peculiar em que encontra impõe.

Diante disso, certo dizer que o nascituro comporta direitos extrapatrimoniais, sendo estes os direitos que não integram o patrimônio da pessoa. Pertencem antes a uma ordem de valor. São direitos insuscetíveis de apreciação econômica e por isso sua lesão gera indenização de cunho compensatório. Entre esses direitos que o nascituro dispõe desde a concepção, enquanto sujeito de direitos, pode-se citar o direito à vida.

Pode-se afirmar que uma das mais sensíveis manifestações de direito à vida encontra-se na fase pré-natal. Ao olhar para as normas que gravitam no ordenamento jurídico e, em especial a Constituição Federal, pode-se dizer que existe um olhar especial à proteção da vida, sendo esta inviolável. Também no Direito Civil busca-se uma proteção por força da doutrina dos direitos da personalidade. No entanto, não há um momento preciso para que se dê essa proteção.

No art. 5º inciso XXXVIII da Constituição Federal há a competência do tribunal do júri para crimes dolosos contra a vida. Entre esses crimes dolosos, segundo o Código Penal, está o aborto, com o intuito de proteger a vida do nascituro. Portanto, ainda que implicitamente, há o intuito de proteger a vida do nascituro ao se depreender que o crime de aborto é tipificado pelo ordenamento jurídico (VASCONCELOS, 2006).

Outros direitos extrapatrimoniais são o direito à integridade física e à imagem. É indubitável que a integridade do filho tem conexão necessária com a integridade da mãe. No entanto, sabe-se que com tantos avanços médicos hoje vivenciados existe a possibilidade de o médico introduzir no corpo da mulher produtos de utilidade terapêutica ao embrião em desenvolvimento humano, não lesionando a integridade física da mãe.

Não obstante, pode-se dizer que se tratam de duas integridades físicas distintas, uma da mãe e outra do embrião e feto que está sendo gerado. Desse modo, quando a gestante se vale de seu direito à liberdade para praticar condutas que, embora lícitas, prejudicam o pleno desenvolvimento do embrião, como a utilização compulsória de cigarro ou mesmo o consumo de drogas entorpecentes, a mãe está gerando danos à integridade física do bebê.

Ademais, conforme BERTI (2008), quando se dá a uma mulher grávida o direito de ter sua imagem respeitada essa proteção se estende ao filho que traz em seu ventre. Neste sentido, imagine-se o caso em que uma mãe concede a imagem do embrião para campanhas e propagandas contra o aborto ou até mesmo fotos indicando experimentos médicos-científicos com o embrião para divulgá-las em revistas científicas. Divulgar tais imagens, neste sentido, estaria infringindo o direito à imagem do nascituro.

De acordo com o Direito Processual Civil é reconhecida ao nascituro a capacidade de ser parte, seja passiva ou ativa. Isso demonstra a titularidade de situações,

tanto de direito material como processual, que comprovam a tese que defende a personalidade jurídica começar somente com o nascimento com vida, conforme sugere a interpretação literal no art. 2º do Código Civil. Uma interpretação sistemática leva a crer ser o mesmo sujeito de direitos, e assim, pessoa (AMARAL, 2017).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pressupõe a existência de três elementos, quais sejam, a conduta, o nexo causal e o dano, podendo ser a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil é subjetiva se a conduta for culposa ou dolosa, pois é imprescindível sob esse viés analisar a conduta do sujeito que causou o dano para estabelecer a quantia a ser indenizada. A responsabilidade também pode ser objetiva, quando não for necessária a aceitação de culpa no caso concreto (FILHO, 2014).

Divide-se na casuística, podendo esta ser pelo fato da coisa, do animal ou prédio em ruína, no abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil e na cláusula geral prevista no art. 927 § único do Código Civil, como a responsabilidade advinda de uma atividade geradora de risco (FILHO, 2014).

A responsabilidade civil subjetiva é de maior relevância para o presente estudo, tendo como viés a análise da conduta da mãe que age com dolo ou culpa e que, por essa conduta, causa um dano ao ser que está em desenvolvimento na gestação. A doutrina se divide em dois grandes grupos para estabelecer um conceito de culpa.

O primeiro grupo vê a culpa como uma violação de um dever legal ou contratual pré-existente, ou seja, é a violação de um dever jurídico pré-estabelecido. Este conceito, embora unitário e válido no âmbito contratual e extracontratual, carece de uma significação ao dever violado e como este se estabelece. Segundo esta corrente, a culpa contratual resulta na figura do inadimplemento, enquanto a culpa extracontratual resulta em um dever legal de prudência (CALIXTO, 2008).

O segundo grupo, conceitua a culpa como erro de conduta visando afastar a necessidade de se demonstrar o dever jurídico violado, mas deve-se estabelecer o padrão de conduta a ser seguido. Recupera-se dessa forma, o proposto de diligência adotado no Direito Romano com a figura do *bônus pater familias* (bom pai de família), admitindo-se a sua contextualização nos dias atuais (CALIXTO, 2008).

Atualmente, outro desafio tem surgido, qual seja, identificar os elementos que devem ser considerados na apreciação da conduta daquele que agiu ou se omitiu. Neste ponto também se divide a doutrina, em apreciação em abstrato, que leva em consideração o padrão de conduta do bom pai de família, e em concreto da culpa, que leva em conta elementos mais subjetivos, como a conduta do agente em negócios anteriores ao se tratar de responsabilidade civil contratual, e a intenção do agente em praticar o evento que resultou em dano ao se tratar de responsabilidade civil extracontratual (CALIXTO, 2008).

A culpa possui dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. O requisito objetivo seria a antijuridicidade ou violação de uma norma jurídica pré-existente. Este se encontra no art. 186 do Código Civil, segundo o qual, "aquele que, por ação ou omissão

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2018).

O segundo requisito, denominado imputabilidade, exige do agente a capacidade de entender o caráter ilícito dos seus atos. De acordo com Calixto (2008, p. 31), pode-se conceituar culpa da seguinte maneira: “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto”. Pode consistir em uma ação ou omissão que acarreta a violação de um cuidado que é determinado socialmente como uma conduta que seria tomada por um ser humano prudente (e não do homem médio ou bônus pater família).

O caso concreto é mencionado pois impõe-se a consideração da formação intelectual do agente, o que leva a crer que o conceito de culpa deve ser relativizado e contextualizado, não absoluto, levando-se em consideração vários aspectos. A imputabilidade a que se fez referência diz respeito a imputabilidade civil pautada na capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato.

Importante ressaltar que uma leitura rápida do art. 186 do Código Civil dá a ideia de que dano advém de um ilícito. No entanto, dano difere de ilícito, pois entende-se que um dano pode advir de um ato lícito, por exemplo, o *venire contra factum proprium*³, a figura da *supressio*⁴ e a *surrectio*⁵.

A causalidade, outro pressuposto da responsabilidade civil, é o vínculo entre dois eventos, em que um é efeito necessário do outro, ou seja, existe um fato antecedente e outro fato consequente. A causa de um dano, é o fato que contribui para gerar o resultado ou agravá-lo. Nesse viés, a obrigação de indenizar deve partir da prova quanto à existência da causação do dano.

Deve-se ressaltar a diferença entre causa e condição. O primeiro se refere a um fato determinante de um dano, enquanto o segundo, não se refere a fatos determinantes. Para determinar o fato responsável pelo dano, há a necessidade de teorias, entre as quais se destaca a teoria da causalidade direta ou imediata.

Esta teoria utiliza o critério da proximidade na qual vai ser considerada causa aquela que esteja ligada imediatamente aos danos e está presente no art. 403 do Código Civil. Segundo este dispositivo, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e também imediato.

³ Significa a proibição de um comportamento contraditório. As partes de um negócio jurídico devem agir conforme a boa-fé objetiva, conforme padrões de lealdade e honestidade. Diz respeito a um comportamento inicial, que reiteradas vezes é seguido por ambas as partes, fazendo surgir uma confiança para o outro. Posteriormente, há uma conduta contraditória, que fere a legítima expectativa criada pelo seu comportamento primário (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 148).

⁴ Nas palavras de Flávio Tartuce, a *supressio* se refere a uma perda de uma obrigação pelo decurso do tempo, ou seja, trata-se de uma obrigação que existia, mas por deixar de cumprir alguma obrigação acessória reiteradas vezes, perde-se o direito de cobrá-la do outro (2017, p.421).

⁵ Nas palavras de Flávio Tartuce, *surrectio*, ao contrário da *supressio*, se refere ao surgimento de uma obrigação pelo decurso do tempo, ou seja, não existia uma obrigação, mas ao exercer de forma continuada, gera uma expectativa de que aquele comportamento se repetirá (2017, p.421).

Importante lembrar as excludentes de causalidade, que envolvem três casos. O primeiro se refere ao caso fortuito ou força maior. Na responsabilidade civil subjetiva, o caso fortuito é um evento imprevisível e a força maior, o evento é irresistível. Em ambos os casos, o ônus da prova é do lesante. O segundo é o fato de terceiro, e sua diferença com a força maior é que neste, não se identifica o terceiro, sendo requisitos o desconhecimento (não pode haver vínculo com o lesante ou a vítima) e a exclusividade (tem que ser a causa exclusiva do evento). A terceira excludente de causalidade é o fato de vítima, na qual há atuação própria da pessoa que sofreu o dano.

Também, para que haja responsabilidade civil é necessário que o fato gerador apareça como causador do dano. Deve haver um autor. Dano é o prejuízo causado a um bem jurídico que gera a obrigação de indenizar. A partir de uma conduta de terceiro que lese um direito, seja patrimonial ou não, nasce para o titular e ofendido um direito a ser indenizado (AMARAL, 2017).

A doutrina moderna faz uma importante distinção entre dano e prejuízo, sendo o prejuízo um atentado material, enquanto o dano um atentado jurídico. O prejuízo se limita ao quadro da responsabilidade, e o dano pode desvincular-se e designar outra lógica de reparação (BERTI, 2008, p. 177).

Dano é qualquer diminuição do patrimônio moral ou material da pessoa. O dano indenizável compreende qualquer desses dois âmbitos, e o dano deve efetivamente causar um prejuízo para o indivíduo que teve seu direito lesado. Prejuízo é, portanto, consequência do dano. Para a reparação do dano, o fato lesivo tem que dar causa ao prejuízo através da causalidade.

Os elementos integrantes da personalidade podem ser divididas em três esferas: elementos físicos, morais e atinentes ao desenvolvimento da personalidade. O dano pode atingir qualquer uma destas esferas. Quanto ao dano físico, também chamado biológico, este compreende qualquer ofensa ao aspecto físico da personalidade, intimamente ligado à saúde. A exemplo disso estão a vida e integridade física (GARCIA, 2007).

O ressarcimento a esses danos envolve remédios, honorários médicos e odontológicos, despesas com hospitais, exames, fisioterapia e outros. No caso de o dano gerar incapacidade permanente ou temporária deve-se levar em conta os efeitos que esta perda gera para a vítima, para calcular o quantum indenizatório, que deve ser proporcional ao prejuízo que este sofreu enquanto estava incapacitado. No Código Civil, está estabelecido no art. 950 o seguinte:

Art. 950: Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

§único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Ainda no primeiro aspecto do dano, há também o prejuízo a ser suportado por aqueles que dependiam economicamente da vítima, também chamado “dano por ricochete”, nos casos em que o dano causou a cessação da vida da vítima, estampado no ordenamento no art. 948 do Código Civil (GARCIA, 2007, p. 279). Para a fixação da indenização, que será paga em forma de pensão, levar-se-á em consideração o tempo provável de vida.

Conforme a jurisprudência, a indenização é devida a todo aquele que provar ter suportado um prejuízo em razão do óbito da vítima, independente de relação jurídica. No dano à integridade física se insere os sofrimentos físicos, dano à satisfação e prazer, como a privação de alegrias da existência, e o dano estético, caracterizado por mutilações e cicatrizes no corpo. Este último pode gerar consequências de ordem patrimonial ou extrapatrimonial se lhe causar vexame e humilhações (GARCIA, 2007).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que se pode cumular dano estético e dano moral, conforme a Súmula 387, desde que oriundos do mesmo fato ilícito. Importante ressaltar que o dano por ricochete também se enquadra nos casos de dano à integridade física, bem como suas consequências.

Com relação ao segundo aspecto do dano, o aspecto moral da personalidade faz referência à imagem do sujeito para a sociedade. São protegidos os elementos que individualizam e qualificam a pessoa como o nome, identidade, honra, imagem e também os aspectos individuais, como a vida privada e intimidade. O dano a tais direitos da personalidade no aspecto moral resulta em medidas de cunho inibitório, reparação in natura e até mesmo indenização de dano moral e material que envolva dano emergente e lucro cessante (GARCIA, 2007).

O terceiro aspecto envolve danos que afetam o livre desenvolvimento da personalidade. Há uma restrição da liberdade de ir e vir resultando em dano. O ato ilícito que venha a intervir nesse processo de desenvolvimento da personalidade causando um dano, chamado de “dano ao projeto de vida”, deve ser indenizado. O exemplo dado por Garcia, em citação a Sessarego, é elucidativo: “um pianista que sofre acidente de trânsito e perde os dedos de sua mão, e então, não consegue mais exercer seu ofício. Sua liberdade de escolher ser pianista está interrompida, gerando ao pianista um vazio existencial, dano ao seu projeto de vida” (GARCIA, 2007, p. 298).

O dano pode ser classificado, quanto à natureza, em patrimonial e extrapatrimonial. Será patrimonial quando há uma alteração ou inutilização de bem ou direito econômico. O extrapatrimonial é imprescindível para o presente estudo, pois inclui a violação aos direitos da personalidade.

Importante dizer que, durante muito tempo, a doutrina e jurisprudência se opuseram à ressarcibilidade em virtude da violação de um direito da personalidade. A indenização, por seu cunho de ressarcimento seria incompatível com a natureza dos direitos de personalidade e, por isso, não poderia apagar o dano.

Não seria possível atribuir compensação pecuniária pois não haveria a supressão do dano. Certo é que os direitos de personalidade não fazem parte do patrimônio em

sentido estrito, no entanto, tem grande relevância para a vida econômica das pessoas (ZANINI, 2011). O quadro mudou com a promulgação da Constituição de 1988, que expressamente previu a possibilidade de indenização por dano moral ou à imagem no art. 5º, seguindo o Código Civil de 2002 no mesmo sentido. Desse modo busca-se compensar o mal sofrido.

Importante ressaltar que não se fala em equivalência, já que a indenização pelo dano e o direito lesado não são iguais. Busca-se apenas uma compensação, e não reparação. Refere-se, portanto, ao dano à honra, ao nome, à imagem, à saúde ou ligado ao corpo, integridade psíquica. Através da reparação se busca restabelecer o equilíbrio gerado rompido pela ocorrência do dano.

Verificada a violação do direito de personalidade, o ordenamento jurídico reage sancionando o comportamento do agente, obrigando-o a restabelecer, na medida do possível, a situação anterior que se encontrava a vítima (GARCIA, 2007).

Conforme Garcia (2007, p. 255), “as definições de dano conduzem a 2 grandes teorias: a teoria da diferença e a teoria do interesse”. De acordo com a primeira, compara-se a situação após o dano e a situação que existiria se não tivesse acontecido o dano, através de um cálculo matemático. A diferença entre os dois fatores conduz ao quantum indenizatório.

A teoria da diferença é criticada por não se encaixar no caso de danos morais, em que o direito lesado não possui valor econômico. Já a teoria do interesse, adotada pelo sistema jurídico no art. 186 do CC, calcula-se o dano a partir da violação do interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico. Não se trata o dano de uma violação física do bem, mas sim de um interesse protegido pelo ordenamento, abrangendo também aqueles que não possuem valor patrimonial.

4.2 Responsabilidade civil da gestante pelos danos causados ao nascituro

Durante a gravidez, o nascituro depende exclusivamente de sua mãe. Todo comportamento atinge o nascituro, seja de forma positiva ou negativa. Diante disso podemos dizer que, do mesmo modo que a boa alimentação da mãe é imprescindível, a saúde física, psíquica e mental é extremamente importante para o perfeito desenvolvimento do embrião e feto, tendo em vista que comportamentos que afetem sua integridade física também afetarão o ser que está sendo desenvolvido, direta ou indiretamente.

Lesões fetais podem resultar de diversos fatores, a exemplo da desnutrição da mãe, desinformação, da negligência e imprudência no período pré-natal, da prática de certas atividades físicas, transmissão de uma doença ou condição genética, a exposição a um ambiente perigoso (BERTI, 2008).

Estas condutas lesivas podem advir de comportamento dos pais ou de terceiros. A personalidade do nascituro também é protegida diante de omissões ilícitas que possam comprometer o seu desenvolvimento, a exemplo da gestante que se omite do dever de ingerir medicamentos essenciais para o desenvolvimento do ser em gestação (GARCIA, 2007).

Estudos revelam que o consumo de cocaína pela mulher durante a gravidez pode causar complicações como contrações uterinas prematuras, abortos espontâneos e, especificamente no embrião, pode causar sua má-formação, anomalias congênitas, anomalias em seus membros e outros (FREIRE; PADILHA; SAUNDERS, 2009).

Podemos também citar os efeitos do álcool, que causa ao desenvolvimento do embrião e feto grande risco de malformações congênitas, retardo no seu crescimento, disfunção do sistema nervoso central, malformações faciais e cardiopatias congênitas (FREIRE; PADILHA; SAUNDERS, 2009). No caso do dano ao nascituro causado pelo tabagismo pode-se dizer que há culpa da mãe, podendo-se, portanto, invocar a responsabilidade civil.

Ainda que haja certa margem de liberdade a mãe e que o seu comportamento seja lícito perante o ordenamento jurídico, pode ela prejudicar o filho e, neste caso, poderá ser responsabilizada civilmente (BERTI, 2008). Na responsabilidade pessoal, a culpa serve para designar o responsável, sendo fonte para a reparação civil.

É admitido a ação contra os genitores apenas quando o ato lesivo não é o mesmo que gera a vida. O fato da mãe conceber um filho transmitindo-lhe doença genética não seria considerado ilícito, afastando o dever de indenizar. As condutas que não fossem conexas com a concepção, poderiam determinar essa obrigação (OPPO apud BERTI, 2008, p. 206).

O direito positivo respondia essa questão dizendo que somente se era imputável o agente com responsabilidade moral, condição hoje não mais exigida. A responsabilidade moral é o modo como a conduta da mulher em relação ao ser que está sendo gerado em seu ventre é visto na sociedade. A tendência atual é de que somente se imputem responsabilidades ao médico e à mulher, através de uma responsabilidade civil compartilhada, e a um terceiro, quando for este o causador do dano à mulher e que, indiretamente, também atingiu o embrião ou feto.

Qualquer ação pertinente para proteger os direitos de personalidade atinentes ao nascituro pode ser ajuizada antes do nascimento, podendo ser através de uma medida preventiva de cunho inibitório (cujas finalidades são prevenir o ilícito e não o dano, cita-se o exemplo de uma ação ajuizada com vistas a obrigar que a mãe usuária de drogas seja internada para se tratar e evitar que haja a lesão ao embrião em formação) ou ressarcindo o que ocorreu. As medidas protetivas se justificam no ordenamento jurídico com fundamento no art. 12 do Código Civil, segundo o qual pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão ou reclamar perdas e danos (ALMEIDA apud GARCIA, 2007).

A doutrina moderna não mais hesita em admitir que o nascituro tem direito à indenização. Teoricamente, existe a necessidade de a criança propor ação contra a mãe para a reparação de danos pré-concepcionais e pré-natais causados na vida intrauterina. Entretanto, dentre os casos observados, este somente se deu com os já nascidos e por representação.

Espera-se da mulher em estado de gravidez uma redução de sua liberdade em favor do filho. Tendo em vista que o art. 2º do Código Civil é claro ao prever que a personalidade civil tem início com o nascimento com vida, uma saída para esse

problema seria entender a criança já nascida cada vez que ela precisasse tratar de seus interesses, sempre que a sua sobrevivência depender do ajuizamento da ação e cessação da violação de seus direitos (BERTI, 2008). Neste caso, os direitos adquiridos retroagirão se a criança nascer sem vida.

Evita-se, dessa forma, a condição suspensiva do nascimento com vida toda vez que o nascituro necessitar de tutela jurisdicional (BERTI, 2008). Isso pois, a condição suspensiva de se aguardar o nascimento com vida para só então dar-lhe personalidade civil, impediria o nascituro de ter a violação dos direitos que lhe são conferidos cessados através de uma ação preventiva de caráter inibitório.

Outra solução seria admitir o nascimento com vida não uma condição, mas apenas uma confirmação. Desse modo, a criança seria considerada sujeito de direitos desde a concepção e não seria necessário pensar em retroatividade da personalidade de em caso de a criança nascer morta (BERTI, 2008).

Na jurisprudência brasileira, pode-se citar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu lícita a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, em demanda que envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute no direito à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07).⁶

Na jurisprudência estrangeira temos alguns exemplos de como o entendimento acerca da responsabilidade civil da gestante pelos danos causados ao nascituro evoluíram. Em 1986, uma mulher foi presa na Califórnia, acusada de desconsiderar ordens médicas, o que resultou na morte cerebral do bebê. Segundo as acusações, ela consumia drogas e mantinha relações sexuais mesmo com orientações do médico (BERTI, 2008).

No Canadá, o sistema do Direito Civil do *Common Law* dispensam ao embrião em desenvolvimento um reconhecimento de seu status e seu direito de ação, mas admite e prevê medidas favoráveis às crianças. Isso decorre da doutrina da imunidade parental, que não admite a proposição de ações de reparação civil de filhos contra os pais, quando aquele ainda não tiver nascido.

Essa doutrina originou-se nos Estados Unidos, com a decisão da Corte do Mississippi, em 1891, caso em que a filha promoveu a internação injustificada de sua mãe num asilo psiquiátrico. Segundo a Corte, a atitude feriria o interesse público, paz social e o convívio familiar (BERTI, 2008).

Em 1986, surgiu um novo entendimento, contrariando a doutrina da imunidade parental. Com o *Family Law Act*, estabeleceu-se que ninguém seria impedido de exigir a reparação por um dano sofrido, ainda que este dano tenha sido sofrido antes de seu nascimento, sendo utilizado principalmente contra mães fumantes ou taxicônomas.

⁶ Decisão proferida no REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 1045750/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009

A liberdade dá o direito de cada um escolher o que entender melhor, e a mulher pode escolher estar grávida, mas, neste caso, há um maior comprometimento com a responsabilidade. Quanto à gestante há um reflexo moral e quanto ao nascituro, ao atingir a sua esfera de direitos causando-lhe danos incide responsabilidade civil através de uma sanção jurídica.

A mãe tem relação direta com o nascituro. Agir prudentemente e manter cuidados para que o bebê se desenvolva bem é dever da mulher grávida. Quanto ao nascituro, este depende integralmente de sua mãe, não existindo a opção de não se deixar ser influenciado diretamente por ela.

Por todo o exposto, para falar em responsabilidade civil pela conduta da gestante é necessário que se fale em culpa, e que essa conduta tenha causado um dano ao nascituro através de uma relação causal. Na ausência de culpa, não pode a mãe ser responsabilizada. O ideal seria um equilíbrio entre a liberdade da mãe e os direitos do filho, de maneira a se proteger este sem interferir completamente na liberdade da mãe (BERTI, 2008).

Segundo o ordenamento jurídico, quando os interesses do incapaz se colidem com os interesses da representante o juiz deve nomear um curador para atuar como seu representante. Ademais, o Ministério Público pode, como legitimado a defender direitos indisponíveis, defender os direitos do nascituro, requerendo medidas protetivas que façam cessar as condutas que são agravantes para a desenvolvimento do embrião.

Poder-se-ia utilizar, ao invés de medidas punitivas, medidas preventivas e de caráter didático, com aparato legal e que beneficiem os dois lados, como forma de não fazer da reparação pelo dano ao nascituro uma regra. Entretanto, mais eficaz seria uma ação que visasse a inibir o ilícito.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o atual ordenamento jurídico contempla o início da personalidade civil com o nascimento com vida. No entanto, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Diante disso, importante o estudo a respeito da personalidade civil, para aprofundar o entendimento trazido pela doutrina e jurisprudência. Para se falar no início da personalidade, imprescindível adentrar no estudo das três teorias, a natalista, a condicionalista e a concepcionalista.

A doutrina, majoritariamente, entende que o nascituro é titular, desde a concepção, dos direitos de personalidade, já que a lei põe a salvo desde a concepção seus direitos. Nesse sentido, teria personalidade. Certo dizer que o nascituro, quando concebido, pode ser considerado ser humano mas em uma particular fase da vida na qual depende inteiramente de sua mãe.

Desde a concepção já se pode dizer que o nascituro comporta direitos, e entre eles os direitos de personalidade enquanto ser que possui vida e dignidade, por ser este um valor intrínseco à vida humana. Por comportar direitos, pode-se falar em violação dos mesmos, e a partir desta violação surge a responsabilidade civil extracontratual.

Por seu estrito contato com a mãe, o ser que está em formação no útero materno pode ser lesado através de condutas negligentes da gestante, gerando consequências irreversíveis que terão de ser suportadas ao longo da vida da criança após o nascimento. Exemplo disso, é a mulher que ingere grande quantidade de bebida alcoólica e que consome drogas entorpecentes durante a gravidez. Por isso, defende-se um especial cuidado das mães ao longo do período da gestação, de modo que se assegure uma integridade física ao ser que está sendo gerado.

Para a caracterização da responsabilidade civil é necessário a existência de três requisitos, quais sejam a conduta, o nexo de causalidade e o dano. A conduta deve ser dolosa ou culposa, não podendo a mãe ser responsabilizada por danos que se originaram com a concepção, a respeito das doenças genéticas.

Com os avanços científicos a mãe possui total liberdade de engravidar, mas quando este evento acontece, ela deve abrir mão de algumas liberdades a fim de proteger o novo ser que depende de seus comportamentos para que tenha um bom desenvolvimento.

No entanto, por ser altamente evasiva a interferência do Estado nesse quadro, obrigando a mãe a ter certos comportamentos em favor da proteção do feto, se torna antes necessária uma atuação preventiva do Estado. Isto pode se dar através de palestras de conscientização que mostrem às grávidas a importância de uma vida saudável e moldar provisoriamente alguns hábitos que antes possuía.

Quanto ao problema de se permitir que o nascituro demande por responsabilidade civil pelos danos sofridos, tendo em vista que o Código Civil estabelece o nascimento com vida condição para o início da personalidade civil, uma hipótese seria entender a criança já nascida, sempre que ela precisar tratar de seus interesses. Isso aconteceria sempre que o seu nascimento com saúde dependesse da interrupção das condutas que lhe gerem danos. Isso porque, ainda que a lei só lhe dê personalidade civil com o nascimento, a mesma põe a salvo seus direitos desde a concepção.

Dessa forma, a tutela jurisdicional é imprescindível para que os direitos do nascituro sejam observados, como o direito à integridade física e, em casos extremos, para que a sua própria vida seja resguardada.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.
- BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: del Rey, 2008. 251 p.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 257 p.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Redação dada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2016. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 7 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 779 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014

FILHO, Sérgio Cavaleiri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017.

FREIRE, Karina; PADILHA, Patrícia de Carvalho; SAUNDERS, Cláudia. Fatores associados ao uso de álcool e cigarro na gestação. *Rev. Bras. Ginecol. Obstet.* [online]. 2009, vol.31, n.7, pp.335-341. ISSN 0100-7203. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-72032009000700003>.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: J. de Oliveira, 2007. 333 p.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 575 p.

Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 26. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. São Paulo: Almedina, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

O DESAMPARO AO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DO CONTRATO LOCATÍCIO REGIDO PELA LEI 8.245/1991 E AS RECENTES INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Alice Felisbino Miottello*
Letycia Mara Lucas**

1 O direito ao mínimo existencial e a proteção constitucional ao bem de família

Com o advento da paradigmática Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser norteador pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, entende-se que o indivíduo tem direito a um mínimo existencial, isto é, um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, ao qual o legislador estaria vinculado e desautorizado a suprimir sem uma contrapartida ou justificativa adequadas (QUEIROZ, 2006, p. 105-110). Sua finalidade nada mais é do que a “concretização dos direitos sociais” (ISMAIL FILHO, 2016) e, com respaldo na redação do art. 6º de nossa Carta Magna, que consagra a moradia como direito social, desenvolveu-se assim uma proteção jurídica ao bem de família.

O bem de família é, desse modo, um patrimônio mínimo necessário para uma vida digna e apropriada. Ele deve ser protegido de modo que, caso se trate de um bem imóvel, não possa ser penhorado. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2005), existe uma “hierarquia de valores” que coloca a dignidade e o próprio direito de viver acima do direito a um crédito; e assim, ainda que o proprietário possua dívidas, ele não poderá perder o imóvel para a sua quitação por se tratar de um bem necessário à sua subsistência e de sua família. Cabe também ressaltar que, de acordo com Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”, de modo que essa proteção alcança as mais diversas entidades familiares, indo ao encontro dos atuais princípios constitucionais.

2 A proteção infraconstitucional ao bem familiar e suas exceções

Nesse sentido, a Lei n. 8.009/1990 determina que o imóvel residencial próprio da entidade familiar “é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”, salvo em algumas hipóteses previstas na própria lei. Entre essas hipóteses encontra-se, no inciso VII, art. 3º, a dívida por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Esse inciso, incluído pela Lei n. 8.245/1991 (a Lei do Inquilinato), evidencia que o próprio ordenamento prevê uma espécie de ponderação que relativiza a proteção fundamental ao bem familiar.

*Acadêmica da 6ª fase do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico: alice_miottello@hotmail.com

**Acadêmica da 6ª fase do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico: letycialucas@hotmail.com

Em oposição à Lei n. 8.245/1991 – que prevê expressamente que o fiador ficará obrigado até a entrega do imóvel pelo locatário –, de acordo com o art. 835 do Código Civil/2002, o fiador pode exonerar-se a qualquer tempo, desde que o faça mediante notificação, judicial ou extrajudicial, entregue ao locador do imóvel. É importante destacar ainda que no art. 43 da Lei do Inquilinato é caracterizada como contravenção penal a atitude do locador que exigir mais de uma garantia locatícia, sob pena também de nulidade contratual e punível com prisão simples ou multa revertida em favor do locatário.

A chamada Lei do Inquilinato é emblemática para regulação da locação de imóveis urbanos, num intento do legislador de oferecer maior estabilidade para o mercado imobiliário. Contudo o dispositivo foi aprovado mais de uma década antes de nosso atual Código Civil - o qual é norteado pelos princípios da eticidade e socialidade -, podendo gerar incongruências, como a penhora do bem de família do fiador locatício. Entretanto, o próprio Código Civil em seu art. 2.036, determina que “a locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida”, restando à interpretação jurisprudencial a solução desta controvérsia.

3 O entendimento jurisprudencial a respeito

Âmbito de inúmeras discussões travadas acerca da constitucionalidade ou não do referido inciso, a matéria foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede do Recurso extraordinário n. 407.688, o qual teve como relator o Ministro Cezar Peluso. Por 7 votos a 3, prevaleceu o entendimento de que é sim penhorável o único bem de família daquele que assume a condição de fiador em um contrato de locação, caso haja inadimplência do locatário. Considerou-se assim inexistência de afronta ao direito de moradia. A ementa do referido acórdão é assim disposta:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

(RE 407.688, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06/10/2006)

Como Corte Suprema, a decisão do STF pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação, em decorrência de inadimplência do locatário, influenciou as instâncias inferiores. Dado isso, em 2014, o STJ, 2º Seção, em Acórdão em Recurso Especial de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão (REsp 1.363.368 - MS), compreendeu também pela constitucionalidade da exceção disposta no artigo 3º da Lei. O relator em seu voto citou precedente (AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Recurso Especial n. 771.700 - RJ) da 6ª Turma do STJ, em que se afirma a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato

de locação mesmo quando esse fora pactuado antes da vigência da Lei n. 8.245/91, a qual incluiu o inciso VII na Lei n. 8.009/1990.

O entendimento dos ministros em relação ao assunto levou à edição da Súmula 549, aprovada em 2015, a qual dispõe que “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Os julgados do STJ posteriores a esse, referentes à matéria, seguem o entendimento da citada Súmula quanto à validade da penhora. A constitucionalidade do dispositivo legal se afirma inclusive na penhora que recai sobre direitos relativos ao exercício do usufruto (AgInt no REsp 1662963 - SP; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4ª Turma do STJ).

Quanto à justiça estadual catarinense, em pesquisa jurisprudencial dos últimos dois anos (2016, 2017 e 2018), vê-se que em relação aos acórdãos produzidos relacionados a essa matéria, todos seguiram o precedente do STF e a Súmula 549 do STJ. Houve assim o reconhecimento da penhora do bem de família como exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/1990.

Dentre os acórdãos que tiveram como objeto a questão da penhora ou não do bem de família do fiador em contrato de locação, no referido tempo pesquisado, destacam-se os das Apelações cíveis de n. 0006630-34.2007.8.24.0018 (Rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos; 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos); 0302630-68.2014.8.24.0018 (Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria; 5ª Câmara de Direito Civil); e 2013.000081-1 (Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber; 4ª Câmara de Direito Civil), nesse último sendo questão preliminar.

Além de acórdãos que possuem a matéria de confirmação da penhora como objeto principal, há também aqueles em que são discutidas questões provenientes do tema, mas nesses casos já reconhecendo a constitucionalidade do referido inciso e a possibilidade da penhora do bem de família do fiador. Tem-se assim as Apelações cíveis de n. 0302961-97.2014.8.24.0067 (Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria; 5ª Câmara de Direito Civil); e 0052968-12.2011.8.24.0023 (Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber; 2ª Câmara de Direito Civil).

Como guinada de rumo recentíssima, é importante destacar o entendimento do STF, em junho de 2018, acerca do afastamento da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Ao apreciar o assunto referente ao tema, durante votação do Recurso extraordinário de n. 605.709, a 1ª Turma do STF concluiu, em maioria dos votos, pela impossibilidade da penhora do bem de família do fiador quando for locação comercial. Restou vencido o voto do Ministro relator Dias Toffoli, o qual havia sustentado que a lógica do dispositivo infraconstitucional (Lei n. 8.009/90, art. 3º, inc. VII) é também válida nos casos de contratos de locação comercial.

Vale destacar que um dos acórdãos citados anteriormente do TJ/SC (Ap. n. 2014.028776-0) tratou sobre a questão da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial, e a decisão se deu pelo reconhecimento da penhora. Esse processo foi julgado em maio de 2016, portanto, anteriormente à votação e

recente entendimento do STF, agora em junho de 2018. Cabe então às futuras análises jurisprudenciais a verificação da adequação quanto essa matéria dos próximos acórdãos produzidos pelo Tribunal de Justiça catarinense.

4 A indispensabilidade da defesa do bem familiar do fiador

Desta forma, ainda restam alguns questionamentos não respondidos definitivamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, que provocam certas contradições na aplicação do direito e não podem ser ignorados.

Como definido pelo título do Capítulo V do CPC, a responsabilidade do devedor é de natureza patrimonial - e não corporal, e não deve atingir sua integridade física. O art. 789 do referido Código esclarece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Aliás, no sistema jurídico romano, há mais de dois mil anos, era permitido que a responsabilidade (que não se diferenciava entre patrimonial ou corporal) recaísse sobre outras pessoas ligadas ao devedor, numa relação conhecida como nexum. Era na Roma Antiga que não só o pai de família respondia pela dívida com o seu corpo, como também os demais familiares, numa concepção há muito tempo superada pela teoria do direito ocidental. Ora, penhorar um bem de família, como previsto pelo sistema legal brasileiro atualmente, não seria atentar contra a integridade corporal de todo um núcleo familiar, retomando um entendimento tão primitivo quanto à formação do próprio sistema de Direito romano-germânico?

É evidente que prestar fiança é um ato voluntário e que ninguém é obrigado a ser fiador, assim como existem outras garantias para contratos de locação que não a fiança. Entretanto, todas essas outras modalidades requerem certo nível de poder aquisitivo e disposição financeira. A fiança é a única modalidade gratuita e, portanto, mais acessível à maior parte da população brasileira.

Ademais, como bem trazido pelo ministro Eros Grau, no julgamento do Recurso Especial n. 407.688 pelo STF, a mesma regra não é aplicada ao próprio afiançado e a seu bem familiar, causando uma violação ao princípio da isonomia (previsto pelo caput do art. 5º da Constituição). É certo que os direitos fundamentais não são plenamente absolutos e que podem, excepcionalmente, ser considerados disponíveis, contudo é notória e injustificável a disparidade de tratamento dada pela lei ao locatário e ao fiador, que são devedores solidários neste caso. Além disso, o contrato de fiança é um contrato acessório ao contrato de locação, e não poderia o contrato acessório trazer mais obrigações do que o próprio contrato principal.

Note-se também que de acordo com o art. 833 do CPC, os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado são considerados impenhoráveis. O que nos leva a questionar por que, então, os bens móveis necessários ou mesmo apenas úteis ao exercício da profissão do executado são salvaguardados ao passo que o imóvel indispensável à subsistência familiar pode ser penhorado.

Por fim, como já mencionado, numa hierarquia de valores o direito à moradia do fiador e de sua família devem estar acima do direito a um crédito, haja vista que

a dignidade da pessoa humana é fundamentalmente basilar para a estruturação de todo o direito brasileiro “pós-88”.

Felizmente, a recente decisão do STF no Recurso Extraordinário n. 605.709, que rejeita a penhora do bem de família do fiador de contratos de locação comercial, já sinaliza uma possível mudança de posicionamento do tribunal em relação à inconstitucionalidade do inciso VII, art. 3º, Lei n. 8.009/1990. É imprescindível que o ordenamento infraconstitucional se destine a cumprir os princípios delineados pela Constituição, que são senão o vértice de nosso sistema legal e apontam os caminhos que devem pautar o desenvolvimento da nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28.11.2018.

BRASIL. *Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990*. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 28.11.2018.

BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm#art3vii. Acesso em: 28.11.2018.

BRASIL. *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/L10406.htm. Acesso em: 28.11.2018

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28.11.2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.662.963 - SP*. Oswaldo Rodriguez Cespedes e Saven Comercial e Imóveis Limitada. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 17.08.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 771.700 - RJ*. Vera Maria Roças Lopes e Almeriques de Souza Cardozo. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Sexta Turma. Julgado em: 28.08.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Recurso Especial n. 1.363.368 - MS*. Afonso Ramão Rodrigues - Espólio representado por Katia Carneiro Rodrigues Fujii e Marco Antônio Da Silveira Agostini. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em: 12.11.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 549*. Segunda Seção. Julgado em: 14.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Recurso Extraordinário n. 407.688 - SP*. Michel Jacques Peron e Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em: 08.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Recurso Extraordinário n. 605.709 - SP*. Hermínio Cândido e outros e Francisco Demi Júnior e outros. Relator: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em: 12.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: *Bem de família de fiador pode ser penhorado, entende o plenário*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66391&caixaBusca=N>. Acesso em: 30.11.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão em Apelação Cível n. 0006630-34.2007.8.24.0018*. Walter Marino Dahmer e outro e Hermínia Lemes Berman e outro. Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos. Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos. Julgado em: 05.07.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão em Apelação Cível n. 0302630-68.2014.8.24.0018*. Rosa Souza e Shopping Pátio Chapecó Ltda. Relator: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria. Quinta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 12.06.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão em Apelação Cível n. 2013.000081-1*. Tertuliano Xavier de Brito e ngela Maria Monguilhott de Brito e Trans-beve Transportes Ltda e Baden Baden Hotéis Turismo Ltda. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 28.01.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão em Apelação Cível n. 0302961-97.2014.8.24.0067*. Gelson Simon e Lauri Miguel Battirola. Relator: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria. Quinta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 26.06.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Acórdão em Apelação Cível n. 0052968-12.2011.8.24.0023*. Donatila Antunes do Livramento Cattaneo e Marilena Rollin Linhares. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Segunda Câmara de Direito Civil. Julgado em: 20.10.2016.

ISMAIL FILHO, Salomão. *Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana*. Blog Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana>. Acesso em: 28.11.2018.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE CONSUMO QUE TÊM POR OBJETO PLANOS DE SAÚDE EM MODELO DE COPARTICIPAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 532/DF

Áudrea Pedrollo Lago*

1 JULGADO OBJETO DA CRÍTICA

O caso abordado pelo julgado que será objeto da presente estudo - medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532/DF -, consiste na análise, pela Ministra Cármen Lúcia, de compatibilidade entre a Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 e a Resolução Normativa n. 433/2018 da Agência Nacional da Saúde, que prevê, dentre outras temáticas, a possibilidade dos beneficiários de plano de assistência à saúde pagarem até 40% do valor de consultas e exames no modelo de coparticipação.

A ADPF foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob o argumento de que o aludido percentual de coparticipação revela-se abusivo e ultrapassa as práticas até então existentes no mercado de saúde suplementar, restringindo severamente o direito à saúde constitucionalmente assegurado aos consumidores, devendo, desta forma, ser reconhecida a incompatibilidade da aludida resolução e concedida a medida cautelar para que seja suspensa sua eficácia.

Ademais, a entidade requerente alega que a Lei n. 9656/1998, que versa sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não outorgou à ANS competência legislativa para criar regras, direitos e deveres para os usuários, de modo que, ao disciplinar mecanismos financeiros de regulação no âmbito dos planos de saúde sem a devida autorização legal para tanto, descumpre, sob o aspecto formal, o preceito fundamental de separação de poderes, além de desfigurar, no aspecto material, o marco legal de proteção do consumidor brasileiro.

Destaca o Conselho Federal da OAB que a urgência na concessão da medida liminar lastreia-se, sobretudo, na insegurança jurídica e no prejuízo aos consumidores em razão da regulamentação.

A ministra, presidente do Supremo Tribunal Federal, julgou monocraticamente a ADPF, oportunidade que entendeu pelo deferimento da medida cautelar, a fim de suspender a Resolução n. 433/2018 da ANS, defendendo a necessidade de reequilibrar o quadro de insegurança jurídica deflagrado pelas possíveis limitações desfavoráveis ao consumidor por ela geradas.

Abaixo, acórdão e ementa do julgado:

* Graduanda no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: audreapl@gmail.com

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. RESOLUÇÃO N. 433/2018 DA AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE. MECANISMOS FINANCEIROS DE REGULAÇÃO: COPARTICIPAÇÃO E FRANQUIA. DIREITO À SAÚDE. EXCEPCIONAL CONDIÇÃO DE INSEGURANÇA DOS USUÁRIOS DO SISTEMA. CAUTELAR DEFERIDA. MEDIDAS PROCESSUAIS.

DECISÃO: Pelo exposto, pela qualificada urgência e neste juízo provisório, próprio das medidas cautelares, defiro a medida cautelar (art. 5o, p 1o, da Lei n. 9.882/1999), para suspender a Resolução n. 433/2018 da Agência Nacional da Saúde, até o competente exame a ser levado pelo Ministro Relator ou pelo plenário deste Supremo Tribunal, na forma da legislação vigente.

Local e data do julgamento: Brasília, 14 de julho de 2018.

2 PRINCIPAIS PONTOS DA DECISÃO

Da decisão monocrática proferida pela Ministra Cármen Lúcia, transcrevem-se os pontos considerados mais relevantes à análise que se pretende aqui construir:

[...] A tutela do direito fundamental à saúde do cidadão brasileiro é urgente, a segurança e a previsão dos usuários dos planos de saúde quanto a seus direitos, também. Saúde não é mercadoria, Vida não é negócio. Dignidade não é lucro. Direitos conquistados não podem ser retrocedidos sequer industrializados, como pretendeu demonstrar a entidade autora da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...] Anote-se também a inquietude dos milhões de usuários de planos de saúde, muitos deles em estado de vulnerabilidade e inegável hipossuficiência, que, surpreendidos (...) com as novas regras, não discutidas em processo legislativo público e participativo, como próprio da feitura das leis, vêem-se diante de condição imprecisa e em condição de incerteza quanto a seus direitos.

[...] Na espécie examinada, embora o objeto imediato da ação seja uma Resolução da Agência Nacional da Saúde, demonstra-se que o seu conteúdo produz aparente inovação normativa primária, sem respaldo constitucional ou legal, do que decorreria ou autorizaria a alteração substancial de planos de saúde pela nova norma posta pela autarquia, a justificar a presente urgência.

[...] A perspectiva de que as novas diretrizes da Agência Nacional da Saúde balizam as futuras contratações, cuja negociação se inicia muito antes do período de sua concretização, e que pauparão as renovações de contratos de planos de saúde, nos quais os consumidores assumiram a coparticipação ou a franquia, é concreta, atual e presente.

[...] A fixação de novos e mais elevados percentuais de contribuição atualmente convive com as crescentes dúvidas quanto aos

limites das novas obrigações devidas pelos contratantes das modalidades de coparticipação ou de franquia.

A segurança jurídica exigida nas contratações também é princípio determinante para respeito ao devido processo legislativo. É ele que assegura ao cidadão conhecimento prévio do direito que se pretende estabelecer, suas razões e finalidades.

[...] Também não seria juridicamente sustentável que as normas questionadas não afetariam os contratos vigentes, pelo que afastada estaria a urgência afirmada pelo autor da presente arguição. (...) A renovação dos contratos agora em vigor são atingidos pelas normas editadas pela Agência e a negociação e a previsão dos cidadãos quanto ao que farão e segundo que normas terão a regência do que poderão ajustar na sequência inicia-se muito antes da data de seu vencimento e renovação, pelo que a segurança jurídica há de estar assegurada em momento anterior. [...] O negócio jurídico consubstanciado nos contratos de adesão propostos pelas operadoras de saúde devem obrigatoriamente observar os ditames constitucionais da máxima eficiência, da transparência, da legalidade e, ainda, ao artigo 170 da Constituição do Brasil.

[...] As normas instabilizam os usuários que precisam dos planos, pretendem ou necessitam brevemente renová-los ou pensam em adotá-los. Para tanto, iniciou-se o processo de decisão pessoal, previsão de gastos, possibilidade ou não de sua opção. Por isso, a suspensão dessas normas, em juízo acautelatório e precário a ser reexaminado pelo eminente Ministro Relator, pode reequilibrar o quadro de insegurança jurídica deflagrado pelas possíveis limitações desfavoráveis ao consumidor.

Por isso, normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais.

3 CRÍTICA À DECISÃO

A presente análise tem por escopo discorrer acerca do aspecto material que pretendeu proteger a ministra julgadora no que tange à proteção dos consumidores que podem vir a ser prejudicados com a edição da Resolução Normativa n. 344/2018 da Agência Nacional da Saúde.

Conforme demonstrado nos trechos supratranscritos, a ministra Cármen Lúcia concedeu a medida cautelar pleiteada pela entidade requerente, para suspender a aludida resolução. Isso porque, em sua análise cautelar, entendeu que, para além de extrapolar os limites da competência conferida à autarquia, sob o aspecto formal, a aludida resolução normativa tem aptidão de gerar enorme insegurança jurídica aos consumidores e indagações acerca do futuro de suas relações contratuais com as operadoras de planos de saúde.

Assim, correta a decisão da ministra, como se pretende expor a seguir.

De início, cumpre elucidar que às relações jurídicas constituídas por meio de contratos de planos de saúde aplicam-se as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que inegável o emolduramento ao conceito de fornecedor de serviços da Lei 8078/1990 à atividade exercida pelas operadoras de saúde, bem como ao de consumidor àqueles que contratam tal serviço.

Importante destacar, também, que a saúde suplementar - objeto dos contratos de plano de saúde -, prestada pelo setor privado, é abarcada pela esfera das relações econômicas, já que há exploração da atividade lucrativa pelas operadoras. Assim, aos contratos de plano de saúde aplica-se, também, o princípio da livre iniciativa, previsto pelo art. 170 da CFRB/88 (SCHMIDT, 2014), como bem observado pela ministra.

Isso implica a observância aos ditames da Justiça Social e da Solidariedade Social pois, conforme leciona Paulo Lobo (2011) "a livre iniciativa só recebe a tutela constitucional se for desenvolvida em harmonia com os interesses sociais e não apenas em razão dos interesses individuais". A ordem econômica descrita no referido artigo constitucional apenas alcança seu escopo se promover a justiça social por meio da concretização da dignidade humana, que, indubitavelmente, abrange o direito à saúde (MEIRELES, 2009).

Deste modo, os contratos de plano de saúde recebem proteção constitucional, mormente no que tange ao direito fundamental à saúde, conforme foi bastante pontuado na decisão, e ao princípio da livre iniciativa, bem como tutela infraconstitucional da Lei dos Planos de Saúde (Lei n. 9656/1998) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/1990).

É notório, no ambiente jurídico, que as problemáticas contratuais nas relações de consumo são inúmeras, o que faz com que os consumidores sejam lesados de diversas maneiras, como se infere diariamente das milhares de demandas apreciadas pelo Poder Judiciário. Muitas vezes, estas ações originam-se da reiterada violação ao dever de informar imposto aos fornecedores contratados, que é considerado direito básico do consumidor.

O direito à informação é previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor e assegura a transparência no mercado de consumo, objetivada pelo art. 4º do codex, a fim de que, ao contratar, o consumidor tenha acesso, de maneira apropriada, a todas as cláusulas e condições do instrumento contratual.

O fornecedor contratado sempre deve cumprir o dever de informar sob a ótica da vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor contratante. Para tanto, o diploma consumerista exige que, nas contratações, a informação prestada pelo fornecedor seja clara e adequada, conforme leciona Cláudia Lima Marques (2017):

Esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do próprio negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato, ou, se falha, representa falha (vício) na qualidade do produto ou do serviço oferecido.

Desta forma, se é direito do consumidor ser informado (art. 6º, III), este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado.

Essas problemáticas contratuais consumeristas não são diferentes em se tratando de contratos de plano de saúde. Em verdade, enorme é o volume de ações judiciais que versam sobre esta temática, evidenciando diversos casos em que as operadoras de plano de saúde aproveitam-se da situação de hipervulnerabilidade do consumidor usuário para auferir lucro.

Importante destacar que o direito à saúde dos consumidores é assegurado constitucionalmente e o direito de proteção da vida e da saúde é considerado o mais básico e importante dos direitos do consumidor (MARQUES, 2017) e, como visto, o desrespeito a esses direitos, mormente por meio da violação ao direito de informação, já é bastante recorrente.

É notório, também, o descumprimento do direito básico à informação supramencionado pelas operadoras, que deveria ser base das relações consumeristas, o que é agravado por se tratar de um serviço que tem por finalidade assegurar proteção à saúde dos contratantes, ou seja, muitas vezes os consumidores usuários de planos de saúde não recebem informações claras e adequadas acerca dos termos e condições do contrato de plano de saúde a que se vincularam.

Conforme elucidado pela ministra Cármen Lúcia, as renovações dos contratos agora em vigor também serão atingidos pela Resolução Normativa n. 433/2018 e, diante desse cenário de constante violação a direitos básicos dos consumidores, não se pode permitir que uma agência reguladora abra espaço para que mais infrações desta natureza ocorram.

Assim, é inadmissível que a ANS edite uma norma que, além de não possuir lastro na legislação vigente, tem a capacidade de gerar ainda mais desproteção e insegurança para os consumidores usuários de planos de saúde.

Sabidamente, a magistrada destaca que a norma desestabiliza aqueles consumidores que já iniciaram um processo de decisão pessoal e de planejamento econômico para contratar um plano de saúde. Isso porque, conforme por ela descrito, a negociação e a previsão dos usuários quanto às regras futuras de seus contratos de saúde suplementar tem início muito anteriormente à data de vencimento e de renovação dos instrumentos contratuais.

Isso posto, em sendo recorrente a prática das operadoras de plano de saúde de descumprir o dever de informação a elas imposto pelo Código de Defesa do Consumidor e em observância ao direito fundamental à saúde e às bases sociais do princípio da livre iniciativa, constitucionalmente previstos, sábia a decisão da ministra Cármen Lúcia.

A medida cautelar concedida certamente protegerá os consumidores que seriam certamente surpreendidos pelas alterações e, muito provavelmente, não receberiam informações adequadas acerca das novas regras pelas operadoras quando da renovação de seus contratos, ficando, mais uma vez, aquém de buscar o Poder Judiciário

para ver seus direitos assegurados, tudo porque uma agência reguladora extrapolou seus limites formais e materiais de regulamentação.

Cumpre salientar que a lide foi apreciada cautelarmente e será, em breve, novamente analisada pelo ministro relator Celso de Mello.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 14 de julho de 2018. *Diário Oficial da União*. Brasília, . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF532_liminar.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

LOBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

MARQUES, Cláudia Lima et al (ccord). *Saúde e Responsabilidade*: seguros e planos de assistência privada à saúde, Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.17.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 9

SCHMIDT, Ayeza. *O direito fundamental à saúde e o contratado plano de saúde: a essencialidade do bem contratado*. 2014. 131 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciência Jurídicas, Unibrasil, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_AYEZA-SCHIDT.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

A DISPUTA JUDICIAL PELA PATENTE DO SPRAY SPUNI

THE SPUNI SPRAY'S PATENT DISPUTE

Estudo de Caso

Breno Oliveira Zatiti Brasileiro*
Karen Cristina Mazzeu**

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade o estudo de caso da patente do spray Spuni, criado por Heine Allemagne, nascido na cidade de Ituiutaba, Estado de Minas Gerais, que idealizou o spray após refletir sobre a frase dita pelo narrador esportivo Galvão Bueno que, durante a narração de futebol entre Brasil e Argentina disse: “Eu ainda quero ver o cidadão que vai manter a barreira no lugar”. Assim, Heine utilizou a espuma de barbear para fazer o experimento, resultando em uma linha provisória demarcada. Após alguns anos e inúmeras dificuldades, o spray foi materializado para que fosse utilizado em competições de futebol organizadas pela FIFA, maior interessada no protótipo. A controvérsia nasce no suposto acordo firmado entre Heine e a Federação, sendo que a entidade estava disposta a pagar pelo uso do produto, no entanto teria utilizado de má-fé ao negociar com empresas menores para pagar menos pelo protótipo. Assim, o direito do autor foi contrariado nos termos da Lei da Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/1966, já que a patente foi devidamente registrada por Heine. Sem conseguir uma resolução extrajudicial, a empresa Spuni ajuizou ação condenatória requerendo seus direitos relativos à patente, e em decisão inicial foi concedida uma liminar proibindo o uso do produto em competições oficiais, sob pena de multa. O processo foi distribuído em dezembro de 2017 e está pautado por grande disputa em razão dos interesses econômicos, agravada, inclusive por notícias do descumprimento da ordem judicial expedida.

Palavras-chave: spray Spuni. patente. FIFA.

Abstract: *The present work has the purpose of the study of Spray Spuni case, created by Heine Allemagne, who was born in the City of Ituituba, State of Minas Gerais, who idealized the creation of the spray after reflecting on the phrase said by sports narrator Galvão Bueno that, during the narration of football between Brazil and Argentina said: "I still want to see the citizen who will keep the barrier in place." Thereby, Heine used the shaving foam to make the experiment, resulting in a demarcated provisional line. After a few years and numerous difficulties, the spray was materialized to be used in football competitions organized by FIFA, who is the most interested in the prototype. The controversy arises in the alleged agreement signed between Heine and the Federation, being that the entity was willing to pay for the use of the product, however would have used in bad faith when negotiating with smaller companies to pay less for the prototype. Thus, the right of the author was violed under the Industrial Property Law, Law No. 9.279/1966, since the patent was duly registered by Heine. Without reaching an out-of-court settlement, the Spuni company filed a lawsuit claiming its patent rights, and in an initial decision an injunction was granted prohibiting the use of the product*

* Acadêmico em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. e-mail: brenozatiti@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7008625663189506>.

** Acadêmica em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. e-mail: kamazzeu@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9314065181525554>.

in official competitions, under penalty of fine. The lawsuit was distributed in December 2017 and is based on a major dispute over economic interests, aggravated by reports of noncompliance with the court order issued.

Keywords: *spray Spuni. patent.*

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.279 de 1996, conhecida por Lei da Propriedade Industrial tem como propósito a garantia dos direitos autorais relativos às invenções, modelos de utilidade, patentes, àqueles que os detêm de determinado produto. É o que se depreende da leitura do artigo 6º, que assegura ao autor de invenção ou modelo de utilidade o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade.

Relacionada ao Direito Comercial, a matéria patente vem ganhando destaque na era contemporânea, especialmente no tocante a utilização de marcas. Ela, que é conhecida por ser um direito exclusivo de quem a detém, viabiliza grandes experimentos ao criador ou inventor, conforme referida Lei de 1996.

Apesar das diversas garantias aos inventores das patentes, que lhes são garantidas pelo depósito junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, e órgãos diversos em outros países, constantemente ocorrem conflitos de interesse com relação a tais direitos, principalmente no tocante a violação e uso indevido de produtos.

Nesse liame, tem-se o estudo de caso da patente do Spray Spuni, substância utilizada para demarcar a barreira em campos de futebol de forma provisória, a qual, segundo consta nas alegações dos autores no âmbito do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001, foi indevidamente utilizada pela Federação Internacional de Futebol - FIFA - em eventos por ela organizados de forma oficial, violando o direito dos autores Heine Allemagne e Pablo Silva, originando uma controvérsia judicial que envolve má-fé contratual por parte da ré, de acordo com as alegações dos autores no âmbito do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

Trata-se de um estudo de caso, qualiquantativo, no qual se utilizou, como instrumento de coleta dos dados, o processo judicial de nº 0314313-89.2017.8.19.0001, em trâmite na sétima vara empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, visando identificar os elementos e documentos necessários para a fundamentação dos acontecimentos que envolvem os direitos pela patente do spray Spuni. Portanto, parte substancial dos dados trazidos nessa investigação científica foi extraída de referido processo judicial que, por não ser objeto de segredo de justiça pode ser acessado por todas as pessoas.

Nesse caso, foram consultados os anexos da petição inicial que tratam das negociações entre Spuni e a FIFA. Por meio de tais informações processuais foi possível uma análise específica sobre as negociações para a compra dos produtos e da patente.

Desse modo, o presente estudo se justifica, tendo em vista que há uma ligação entre o Direito Comercial com relação a patentes, o direito do autor e a era contemporânea, mormente diante de notícias de corrupção, que se provados permitirão o conhecimento de mais um escândalo relacionado à maior instituição do futebol mundial.

2 O SPRAY SPUNI

Antes de adentrar no mérito da investigação científica realizada, na modalidade de pesquisa de campo, esclarece-se que o artigo em tela tem por fundamento as alegações dos autores e demais informações constantes do processo judicial nº 0314313-89.2017.8.19.0001, o qual está em trâmite pela sétima vara empresarial da comarca do Rio de Janeiro-RJ.

A idealização do spray Spuni partiu de uma reflexão sobre uma provocação do narrador esportivo Galvão Bueno que, por ocasião de uma partida de futebol entre Brasil e Argentina disse que gostaria de conhecer um cidadão capaz de colocar a barreira no lugar. Barreira, conhecida no mundo futebolístico, é uma linha de jogadores formada quando se tem uma falta para bater e que possui uma distância regulamentar. Culturalmente, no âmbito desportivo existe o desrespeito para com a estabilidade de tal linha imaginária, justificando a fala do narrador e a necessidade do produto.

Por esse liame, Heine Allemagne Vilarinho Dias, mineiro, idealizou, a princípio, o artigo, buscando algo provisório, mas consistente ao mesmo tempo, para que a demarcação fosse possível, contudo, sem causar danos ao campo ou violação a regra número um do futebol: marcações adicionais na grama das partidas são proibidas. Segundo consta nos autos do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001, ele teria feito disso um projeto de vida e viabilizou-o com dispêndio financeiro e pessoal para fazer história no futebol mundial, partindo da espuma de barbear e da espuma de carnaval.

Segundo Heine, foi registrado o invento e requerida a patente em quarenta e quatro países, como França, Austrália e África do Sul. A fase experimental começou no ano 2000, em que o produto foi utilizado na Taça BH de Juniores e posteriormente em 2001 na Copa João Havelange, evento organizado pela Confederação Brasileira de Futebol – C.B.F., sendo aceito no mercado.

O uso do spray Spuni pode oferecer, além do simples respeito à regra de futebol, o fortalecimento da autoridade dos árbitros; a redução da incidência de cartões amarelos pelo descumprimento da distância requerida; o melhor aproveitamento nas cobranças de faltas, dando maior dinamismo ao jogo e possibilitando mais gols e a diminuição do tempo de bola parada, diagnóstico oficial feito por cartas da CBF, Conmebol, AFA, FIFA¹.

Não bastassem os eventos em que o spray Spuni estava sendo utilizado no Brasil, Heine ainda queria o aval da Federação Internacional de Futebol - FIFA, órgão máximo do futebol, para que seu produto fosse usado nas partidas oficiais. Foi então que conseguiu uma entrevista com João Havelange, Presidente de Honra da FIFA, através de um vídeo institucional feito pelo cidadão nascido em Ituiutaba, Estado de Minas Gerais, o qual exibia depoimentos de personalidades que se diziam a favor da espuma, sendo recomendado pelo Presidente à FIFA, conseguindo, assim, sua primeira visita oficial à ré. Contudo, segundo alega nos autos nº 0314313-89.2017.8.19.0001, ouviu da FIFA seu desinteresse pelo produto em eventos oficiais.

¹ Folhas 08 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

Em 2002, o invento foi aprovado pela comissão de árbitros da C.B.F., passando a ser de uso obrigatório em jogos por ela administrados no Brasil. Como a FIFA já havia se posicionado contrária ao invento em eventos oficiais, Heine Allemagne constituiu a empresa autora do processo, atual detentora da patente, sendo um dos objetivos do mineiro rumo à internacionalização do Spuni.

Posteriormente em 2003, em uma reunião com Presidentes de Associações e Confederações integrantes da FIFA e membros do Comitê Executivo da FIFA, o spray foi apresentado, sendo elogiado pelos presentes. Ainda no mesmo ano, a empresa de Heine tentou aprovar o uso do spray formalmente junto à FIFA, através da CONMEBOL (Confederação Sul-americana de Futebol), mas foi refutada. Nova tentativa junto ao órgão máximo do futebol foi realizada em 2005, mas sem sucesso.

No ano seguinte, Pablo Silva, jornalista argentino, apresentou-se como inventor de um produto similar ao desenvolvido por Heine e, a partir de então, ambos passaram a trabalhar juntos.

2.1 O 915 *fair play*

Inicialmente desenvolvido por Heine, o produto de composição espumosa já utilizado por diversas vezes e em vários campeonatos de futebol atraía o interesse de outros produtores. Em 2006, cinco anos após o depósito da patente em mais de trinta países além do Brasil, um jornalista argentino, chamado Pablo Silva se apresentou como inventor de produto semelhante ao Spuni, tendo inclusive feito o pedido de patente no seu país.

Embora o inventor brasileiro tivesse feito o depósito em diversos países, a Argentina não estava entre a lista. Diante da situação, Heine buscou um diálogo com Pablo a fim de unir forças num projeto de internacionalização do uso obrigatório do spray. Nesse período, o produto foi apresentado ao presidente da Associação do Futebol Argentino (AFA) e vice-presidente da FIFA, Julio Grondona e após período de testes, foi utilizado no Torneio Clausula local em 2009.

A popularização do produto foi tamanha que no mesmo ano o spray foi utilizado na Taça Libertadores da América e na Copa Sul-Americana da COMENBOL. Com o iminente sucesso no continente a uma proximidade com a FIFA, a possibilidade da venda da patente se aproximava.

Em meio às incertezas sobre a titularidade da invenção, Heine se uniu a Pablo com o surgimento da empresa BRA.AR que tinha sede no Panamá, local onde a FIFA tinha preferência para efetuar o pagamento da aquisição pretendida. Além disso, os parceiros nominaram o spray de “915 Fair Play” para associar o produto à distância regulamentar das barreiras.

Desde então esse novo produto foi o que passou a ser negociado com a entidade máxima do futebol, tendo sempre a sua autoria atrelada a Allemagne e Silva. A partir de 2009, a FIFA passou a se expressar de modo claro e inequívoco quanto a sua intenção em obter as patentes dos autores. Durante um congresso organizado pela FIFA, em Nassau, ocorreu uma reunião entre Julio Grondona, os representantes do

cidadão nascido no Estado de Minas Gerais e do argentino, bem como Thierry Weil, então diretor de marketing da Instituição, e principal personagem de ligação entre a FIFA, os patrocinadores e os inventores².

Um e-mail, datado de maio de 2012, enviado por Thierry evidencia o início das tratativas. Segundo os autores e conforme se analisa dos autos, nele Thierry informa que, uma vez o spray aprovado tecnicamente, a FIFA passaria a adquirir as patentes de Heine e Pablo. Ressalta-se que no ano anterior, 2011, a CONMEMBOL efetuou testes para aprovação junto à IFAB (International Football Association Board), órgão que regula as regras do futebol, sendo que o produto foi oficialmente regularizado em 2012.

O patrocínio e a produção passariam por grandes empresas como Jhonson&Jhonson, Gilette e a mexicana COMEX, que teriam interesse na ampla divulgação do spray nas competições futebolísticas.

Thierry Weil teria colocado como condição da negociação que os autores não negociassem com terceiros o seu produto, tendo sido bastante taxativo ao dizer que a obrigação da Autora era tão somente aprovar tecnicamente o produto junto à FIFA, pois então a FIFA iria adquirir as patentes³.

No entanto as tratativas não levaram à compra da patente, sendo que a FIFA optou em realizar mais testes em um produto já aprovado pela IFAB e utilizado em diversas competições. Os experimentos perduraram até a Copa do Mundo de 2014 no Brasil, quando a FIFA fez uma oferta oficial pela patente no valor de USD 500.000,00 (quinhentos mil dólares)⁴.

O valor foi considerado irrisório pelos autores, pois sequer cobria os custos de produção e renovação da patente ao longo dos anos. Para os inventores, restou claro a intenção da FIFA em gastar pouco e revendê-la posteriormente à outras empresas, evidenciando a má-fé contratual.

Segundo consta, para apaziguar a situação, Julio Grondona teria dito que Thierry Weill era um mero funcionário. Inclusive o ironizou chamando-o de nome deselegante e disse para a Autora ficar tranquila, uma vez que o sucesso do spray na Copa imporia que a FIFA tivesse que adquirir as patentes do produto por um valor justo. Segundo Heine, Grondona teria oferecido valor não menor que USD 40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares)⁵.

Embora a venda não se concretizasse, o evento da grandeza da Copa traria grande visibilidade e esperanças aos inventores, os quais cederam gratuitamente 320 latas do spray para os 64 jogos da competição.

Contudo, segundo alegado pelos autores da ação nos próprios autos nº 0314313-89.2017.8.19.0001, o prometido não aconteceu, sendo que durante os jogos da Copa do Mundo, a FIFA cobriu a marca da Autora, de maneira dolosa e absolutamente

² Folhas 13 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

³ Folhas 15 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

⁴ Folhas 147-148 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

⁵ Folhas 21 e 2 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

precária, não permitindo que o nome do produto da Autora ganhasse qualquer visibilidade⁶. Tal situação foi o limite para Heine e Silva, ainda mais com a morte de Grondona logo após o Mundial.

Segundo consta nos autos, Jérôme Valcke, então secretário geral da FIFA, enviou uma carta a Allemagne e Silva reconhecendo o esforço empenhado e o sucesso do produto na Copa do Mundo e demais eventos esportivos, contudo disse que a FIFA não possui como escopo comercial obter ou manter qualquer tipo de patente, bem como se preocupar com a comercialização de um produto. Afirmou ainda que a instituição possui um programa de qualidade que valida produtos, desde futebol a tecnologia de linha de meta, mas não obtém qualquer direito de propriedade intelectual vinculado a itens. E, por fim, relatou que a FIFA estava contente por utilizar o spray Spuni em seus jogos oficiais, embora não tivesse interesse em se tornar proprietário das patentes da referida espuma⁷.

Partindo disso, os inventores do spray Spuni acharam controvérsias nas falas da instituição símbolo do futebol, sendo que em um período esta disse que efetuaría a compra das patentes, e num outro momento relatou ser desinteressada de qualquer tratativa comercial, tanto que até emissoras de televisão noticiaram tal fato, o qual noticiou que o diretor de finanças da FIFA afirmou a compra, além de promessas infrutíferas que, sob a óptica de Heine e Silva, eram um modo de “acalmar os ânimos” dos autores¹⁰.

Tendo em vista a frustração com a entidade máxima do futebol, por intermédio de um membro do Comitê Executivo, Heine e Silva conseguiram contatar a empresa COMEX do México, a qual, após apresentação do produto, demorou em demonstrar seu interesse, o que levou os autores a perceberem que a nova empresa supostamente estaria copiando o spray Spuni, configurando pirataria, além de utilizá-lo indevidamente desde 2009 sob os olhos da FIFA, que teria dado seu aval para tanto⁹.

Após tornar-se PPG-COMEX, fusão entre empresas de tintas formando um dos maiores conglomerados de pintura do mundo, nos dizeres dos inventores do spray, esta indústria estaria apenas interessada em se unir a eles para espionar informações do produto, a ponto de tentar um pedido de patente, ferindo os direitos de Heine e Pablo constantemente através de patrocínios da FIFA, que concorreu de forma direta e decisiva com tais ofensas¹⁰.

Allemagne e Silva, diante das infrações cometidas pela empresa PPG-COMEX, foram até o México a fim de cessar tais ilícitos civis e propor composição amigável. Não obtiveram sucesso, mas puderam afirmar o que haviam pensado anteriormente: a referida indústria sabia da idade das patentes dos autores e dos direitos que estes gozavam sobre elas, mas queriam prestígio frente ao Comitê Executivo da FIFA, sem efetuar qualquer compra das patentes.

⁶ Folhas 27 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

⁷ Folhas 32 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

⁸ Folhas 33 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

⁹ Folhas 198-205 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

¹⁰ Folhas 34 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

A situação entre Heine e Pablo e a então empresa COMEX teve como ponto de partida 2009, ano em que os autores do spray Spuni passaram a monitorar as ações da referida indústria, a qual desenvolveu uma cópia do produto supracitado e nomeou-o COMEX FUTLINE e, além disso, com a ajuda de membros do Comitê Executivo da FIFA passou a patrocinar eventos de Confederações afiliadas, dando visibilidade a sua marca e associação de imagem. Isso tudo possível porque a PPG-COMEX patrocinou diversos eventos FIFA¹¹.

A proximidade entre a indústria mencionada e a entidade máxima do futebol vem desde anos anteriores, quando membros da FIFA se reuniram com representantes da então COMEX, apresentou-lhes as diversas patentes de Heine e Silva e negociaram a compra delas pela COMEX. Assim, desde 2012 tal empresa tinha conhecimento da proibição de desenvolver um produto pirata, vendê-lo e divulgá-lo em eventos oficiais através de patrocínios, principalmente os que a FIFA chancela. A situação se agrava quando, em 2015, a PPG-COMEX consegue se tornar a patrocinadora oficial da Copa América Centenário de 2016, agindo em conjunto com a FIFA de modo irregular, por intermédio das Confederações CONMEBOL e CONCACAF, principalmente no tocante a organização de tais entidades, sendo que os membros das Associações Nacionais são os mesmos nas Confederações Continentais e os mesmos que têm poder de decisão e voto no Comitê Executivo da FIFA¹².

A PPG-COMEX, no contexto da Copa América Centenário, passou a divulgar o spray pirata como “revolução mundial” e a agir dentro das comissões de arbitragem como “COMEX PPG 9.15 SPRAY”, mesmo sabendo que seu produto era de qualidade inferior ao Spuni, o que foi relatado pelos árbitros da competição¹³. Entretanto, os inventores puderam perceber que o produto apresentado pela empresa era o Spuni, e não o pirata, além de aduzirem que o spray fabricado pela PPG-COMEX fora o utilizado na Copa do Mundo de 2014, o que é um equívoco, de acordo com o relatado no processo judicial nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

O que fundamenta a controvérsia judicial entre Heine Allemagne, Pablo Silva e a FIFA é a participação direta e fundamental da entidade máxima do futebol para permitir as ofensas às patentes dos autores, referindo-se a produtos inequivocamente criados por ela. Ela postulou de má-fé contratual, frente ao brasileiro e ao argentino, tendo em vista que fez promessas de compra das patentes, enquanto estava em tratativas com outras empresas piratas, desenvolvendo um produto de menor qualidade e infringindo os direitos dos autores, principalmente o de exclusividade, desvalorizando a marca genuinamente brasileira. Sobre boa-fé processual, Elpidio Donizetti (2017, p.39) leciona que “está intimamente ligada à boa-fé objetiva, comumente tratada no Direito Civil como princípio norteador das relações contratuais”, o que fundamenta o descumprimento pela FIFA.

Ademais, ressalta-se que a FIFA não reconhece como legítima as patentes de Heine e Pablo, mesmo tendo elas sido registradas em 44 países, infringindo os artigos 183, II, 184, I e 186 da Lei nº 9.279/96.

¹¹ Folhas 34 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

¹² Folhas 34-36 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

¹³ Folhas 206-208 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

3 O PROCESSO JUDICIAL

Após as diversas tratativas infrutíferas com a FIFA desde o ano de 2009, a qual de forma equivocada utilizou o produto sem qualquer licença, o inventor brasileiro não viu outra alternativa senão provocar o judiciário em busca de seus direitos sobre a patente do spray. Sendo que em dezembro de 2017, a SPUNI COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS E MARKETING LTDA (“SPUNI”) ajuizou ação condenatória contra FEDERATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION (“FIFA”).

Por estar o conflito de interesses relacionado ao Direito Empresarial ou Comercial¹⁴, o referido processo foi autuado sob nº 0314313-89.2017.8.19.0001 e segue em trâmite pela sétima vara empresarial da comarca do Rio de Janeiro-RJ, sendo que a matéria requerida em petição inicial foi nomeada através de dois pedidos: o deferimento da tutela de urgência para que cessasse o uso indevido do spray em eventos organizados pela FIFA, bem como indenização por dano moral, decorrente da violação da boa-fé objetiva contratual, e dano material, compreendendo as latas de spray utilizadas de modo gratuito e indevido pela Ré em suas competições desde o ano de 2009¹⁵.

Demonstrados os fatos já relatados anteriormente, as principais alegações e fundamentações da autora SPUNI permite em tese reunir alguns dos crimes previstos entre os artigos 183 a 195 da Lei de Propriedade Industrial.

O primeiro deles é o artigo 184 que trata da violação da patente de modo indiscriminado, que, segundo Heine, a FIFA teria colocado à exposição o produto de composição espumosa nos diversos campeonatos que organiza. Em destaque o artigo 184:

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou

II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa (BRASIL, 1996).

Alega ainda que a FIFA teria violado as regras de concorrência ao realizar acordos com outros fabricantes e abusar da boa-fé. Estabelece o artigo 195 que:

¹⁴ Direito Comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver (COELHO, 2012, p. 50).

¹⁵ Folhas 63 e 64 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

Comete crime de concorrência desleal quem:

[...]

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

[...]

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (BRASIL, 1996).

Como se depreende da petição inicial, a FIFA teria negociado o objeto com outras fabricantes, estimulando o mercado de produtos piratas, aproveitando-se ainda para firmar patrocínios como assim o fez na Copa América de 2016 (Centenário) quando teria negociado com a COMEX¹⁶.

Por fim, invoca o artigo 208 para auferir o quantum indenizatório dos danos sofridos, devendo valorar os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

¹⁶ Folhas 51 do processo. Às folhas 46 da petição inicial, a autora afirma que a atuação da FIFA destruiu o mercado tanto de licenciamento como de venda do produto da Autora. A exclusividade inerente à originalidade do invento da Autora foi frontalmente esvaziada pelos patrocínios formais que a FIFA celebrou com a COMEX, pelo malfadado “Programa de Qualidade” e pela permanente convivência da Ré com os mais diversos piratas em atuação em diversos campeonatos mundo afora nos dias de hoje.

No tocante à violação da boa-fé objetiva, a exordial se resume a quatro itens: a responsabilidade civil pré-contratual; a violação dos deveres laterais; a responsabilidade pela violação à tutela externa do crédito; e o comportamento contraditório da ré FIFA.

Importante ressaltar que todos os itens estão fundamentados pelo Código Civil brasileiro, em especial o artigo 422, pelo qual obriga os contratantes a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nesse íterim teria a FIFA frustrado a sua promessa de aquisição do produto da Autora em reiteradas oportunidades e durante vários anos impedindo ainda que a SPUNI negociasse seu produto com outros compradores para poder regulamentar o spray perante a IFAB.

Ao mesmo tempo a própria ré estaria negociando patrocínios com o suporte da invenção de Heine e Pablo favorecendo o comércio pirata, violando a tutela externa do crédito, que, nas palavras de Humberto Theodoro Neto (2007, p.05) “está relacionada com a ideia da mitigação do princípio da relatividade. Assim, não sendo mais aceita a ideia de relatividade dos efeitos do contrato de forma absoluta, deve ser responsabilizado aquele que negativamente interfere em uma relação contratual”.

O comportamento contraditório da FIFA se resume na suposta promessa da patente até a Copa do Mundo de 2014 no Brasil e após o evento teria dito que não é política comercial da entidade obter ou manter qualquer forma de patentes ou se preocupar com a comercialização de produtos¹⁷.

Com a difícil valoração do dano, caracterizado pelos lucros cessantes do período onde a SPUNI deixou de negociar o seu produto e que a FIFA teria utilizado de forma ilegal, o pedido se resume a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelo dano moral e R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para fins de alçada no valor da causa.

Por fim requereu a tutela antecedente para que a Ré fosse intimada a cessar, imediatamente, sob pena de multa a ser arbitrada por evento/jogo em não menos que R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o uso do spray de marcação em competições por ela organizadas ou por suas Confederações e afiliadas¹⁸.

Após a distribuição do processo em 09/12/2017, os autos passaram à guarda do Juiz de Direito Ricardo Lafayette Campos, que em decisão inicial invocou a Constituição da República no seu art. 5º, inciso XXIX ao ser claro e dispor que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos, asseverando a evidência da propriedade da patente ao autor¹⁹.

¹⁷ Folhas 58 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

¹⁸ Folhas 62 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

¹⁹ Folhas 376 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

Ressaltou que existe vasta comprovação de que após o invento, o réu violou a boa-fé objetiva contratual, ao induzir o autor a não buscar empresas para tornar o invento e não lhe dando a autoria correta, como quando cobriam o nome da marca do spray do autor nas competições oficiais, e em decisão *inaudita altera parte* no dia 13/12/2017 preferiu a seguinte decisão:

ISSO POSTO, CONCEDO a antecipação de tutela para *inaudita altera parte* com base no direito da Autora, como detentora das patentes do invento, para que seja intimada a cessar, no prazo de 5 dias, sob pena de multa a ser arbitrada por evento em não menos que R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o uso de spray de marcação ou para marcação em competições por ela organizadas ou por suas Confederações ou Associações filiadas (BRASIL, 2017).

O Juiz de Direito acentuou que a violação do "fair play", inclusive um lema de propaganda, da FIFA, resta evidenciado, o que o Poder Judiciário não tolera.

Em contestação, a entidade máxima do futebol alega em síntese que nunca fez promessas de compra da patente à empresa autora ou seu representante e que embora haja confirmação da propriedade da patente por Heine, ela não é exclusiva, pois não impede que existam outras patentes válidas, de produtos similares, com características intrínsecas distintas.

Contrapondo as alegações da empresa autora, a FIFA cita a má-fé processual da SPUNI que trouxe aos autos uma construção artificial de argumentos supostamente falsos, que ela demonstra num quadro esquematizado das alegações sem provas da autora.

Com relação à violação à patente da autora, a FIFA diz que existem inovadores sprays de barreira de marcas concorrentes à da autora, igualmente detentoras de patentes em diversos países, decorrentes de tecnologias que agradaram mais aos consumidores por terem, por exemplo, composição menos gordurosa, melhor visibilidade no campo, desaparecimento mais veloz, serem ecologicamente melhor adaptados, entre outras funcionalidades. Não há indicação de que os referidos produtos ofendam qualquer patente da autora²⁰.

Tal fato é comprovado pelo spray ter dois inventores em momentos distintos, Heine e Pablo. Às folhas 173/205 comprovam que a COMEX também é detentora de patente de spray de barreira.

A respeito da violação à boa-fé objetiva que, nos dizeres de Elpídio Donizetti (2017, p. 38), "constitui regra de conduta, relacionada aos padrões sociais ou legais de lisura e honestidade", a FIFA deixou claro que não estava interessada em comercializar o spray Spuni, apenas queria utilizar o produto em suas competições.

Quando se voltou à negociação das patentes, seu único intuito era a aquisição das latas por um preço justo, nunca a produção do spray. Tal fato pode ser provado por uma carta enviada por Jérôme Valcke a Heine Allemagne, dizendo que a entidade

²⁰ Folhas 539 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

máxima do futebol estava contente em comprar e utilizar o *vanishing spray* em suas competições, mas não podia se tornar proprietária de suas patentes²¹.

Quanto a FIFA ter impedido a Autora de ir ao mercado, a suposta realidade dos fatos, segundo o que consta nos autos nº 0314313-89.2017.8.19.0001, indaga que os inventores do Spuni participaram de tratativas comerciais com outros parceiros, deixando evidente a não proibição em e-mails trocados entre os sócios Allemagne e Silva²².

Em relação a cobertura da marca e as contra práticas usuais, a FIFA garante, através dos artigos 11 e 16 da Lei nº 12.663/12, chamada Lei da Copa, que é consensual em sua instituição tampar quais marcas de produtos que não sejam de seus patrocinadores oficiais. Por outro lado, sobre a cobertura da marca e a frustração da legítima expectativa, a ré FIFA alega que existe uma cláusula contratual que expressamente permite que ela cubra a marca do spray em seus eventos, e que tal marca foi exposta em seu site, dando a mesma visibilidade que o outro spray obteve gerando, inclusive, oportunidade de negócios a Autora junto de consumidores.

Sobre a empresa COMEX e a intermediação pela FIFA, a entidade máxima do futebol garante que nunca esteve em reunião oficial com tal indústria, e que, se ocorreu qualquer evento entre tais instituições, esse se deu de forma não oficial, ou seja, de caráter individual, não sendo a Ré devidamente representada, acarretando suposta não intermediação por ela.

No tocante a FIFA responder por atos das Associações e Confederações, a Ré relata que se tratam de pessoas jurídicas diferentes, independentes e autônomas, não podendo interferir sobre elas quanto a decisões, inclusive no que tange a Copa América do Centenário de 2016, organizada pela Confederação das Associações da América do Norte, América Central e Caribe de Futebol – CONCACAF – e pela Confederação Sul-americana de Futebol – CONMEBOL. Os artigos 13, 14.1, “i”, 19 e 22 do Estatuto da FIFA fundamentam tal relato²³.

Acerca do interesse na aquisição das patentes, a FIFA alega em contestação que um e-mail enviado por Thierry apenas solicitou que a autora enviasse a prova de que era titular da patente do spray, não fazendo qualquer menção a compra e venda das patentes, nem mesmo exigência ou aprovação técnica sobre o produto²⁴.

Quanto ao detalhamento da compra da patente, a FIFA indaga a falta de veracidade de uma foto anexada aos autos em petição inicial, indicando uma reunião que supostamente teria ocorrido entre um representante legal da FIFA e os inventores, Heine Allemagne e Pablo Silva. Diz ainda que a foto não comprova qualquer interesse na comercialização das patentes ou qualquer outro aspecto quanto à compra.

A respeito da oferta de US\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares) para compra das patentes, a Ré indica que o e-mail citado pelos Autores em petição ini-

²¹ Folhas 540 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²² Folhas 540 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²³ Folhas 543 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²⁴ Folhas 545 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

cial²⁵ não comprova o interesse da FIFA na compra das patentes de Heine e Pablo. Tal arquivo refere-se a um contato pessoal entre Silva e Julio Grondona, sendo um caso extra FIFA, ou seja, uma conversa informal entre os sócios da Autora não oponível à entidade máxima do futebol²⁶.

Sobre a oferta de USD 500.000,00 (quinhentos mil dólares), a FIFA afirma que realmente intentou o pagamento da quantia, no entanto seria apenas pela aquisição de latas a serem usadas nos próximos 5 anos a partir de 2014 em suas competições oficiais. Em verdade, parece-nos, sob a ótica dos idealizadores deste artigo, o e-mail enviado aos inventores é um tanto confuso, pois a FIFA menciona a patente em seu texto, o que leva a crer que seria uma oferta para patente e produtos.

Por fim, com relação a FIFA ter negociado com a COMEX via Rafael Salgueiro, a Ré afirma que não há qualquer comprovação que o spray de tal indústria seja falsificado, anexando aos autos, inclusive, cópia de uma patente detida pela COMEX no México²⁷. A FIFA não se vê obrigada a verificar a validade da patente, nem mesmo qualquer dado sobre propriedade intelectual do produto por ela utilizado em eventos oficiais. A respeito de Rafael Salgueiro, ainda que ele alegue representar os interesses da COMEX perante a FIFA, tal fato jamais caracterizaria um aval da instituição para o uso do spray supracitado em quaisquer competições, considerando que o Rafael Salgueiro não tinha poderes para representar a FIFA legalmente²⁸.

Juntamente com a contestação, a FIFA interpôs Agravo de Instrumento nº 0024812-77.2018.8.19.0000 a fim de afastar a proibição da utilização, ressaltando a impossibilidade do cumprimento da decisão, vez que a FIFA não possui qualquer tipo de ingerência ou responsabilidade em relação às associações-membro ou às confederações existentes no mundo. O efeito suspensivo não foi concedido.

Em julgamento no dia, preliminarmente a alegação de inexecutibilidade foi rejeitada pelo Desembargador Francisco de Assis Pessanha Filho, considerando que a FIFA sendo pessoa jurídica distinta das associações, estatutariamente detêm o poder/dever de regulamentá-las²⁹.

Ressaltou ainda que conhecida a patente de invenção pela FIFA, mostra-se ilegal a utilização de qualquer outro spray dentro do prazo de exclusividade do inventor, uma vez que ao comprar e dar destinação a outros produtos resta caracterizado a violação ao direito intelectual da Spuni, agravada inclusive pelo incentivo a utilização de sprays sem a devida patente, por meio do “programa de qualidade do spray”, de modo a validar diferentes produtores para o uso em competições futebolísticas³⁰.

O relator do processo, concluiu que pela probabilidade do bom direito autoral, consubstanciado na afronta à patente inventiva, a qual goza de proteção de exclusividade

²⁵ Folhas 149 e 150 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²⁶ Folhas 545 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²⁷ Folhas 560-570 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²⁸ Folhas 545-546 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

²⁹ Folhas 504-506 do processo nº 0024812-77.2018.8.19.0000.

³⁰ Folhas 512 do processo nº 0024812-77.2018.8.19.0000.

no cenário nacional e internacional, e em razão de condutas praticadas pela FIFA, a tutela jurisdicional foi mantida para determinar a cessação da violação do direito de propriedade intelectual, mantendo, portanto, a decisão proferida no processo de origem³¹.

Embora o efeito suspensivo não tenha sido concedido, há registros do descumprimento da decisão por parte da FIFA. O spray foi utilizado recentemente nas partidas da Copa do Mundo da Rússia de 2018 e somente nesse evento, se for levada à liquidação no processo o valor da multa pode chegar a R\$ 3.200.000,00 (três milhões e duzentos mil reais), considerando as 64 partidas do torneio.

Eu audiência realizada no dia 17 de outubro de 2018, restou prejudicada a proposta de acordo, sendo que o patrono de Heine requereu que constasse nesta ata que a pretensão autoral é o pagamento de US\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de dólares), incluindo-se, a patente do spray³². Requereu ainda ao menos o reconhecimento oficial pela FIFA de Heine como idealizador do produto.

A FIFA não concorda em atribuir ao Autor reconhecimento pelo caráter inovador de sua criação, qual seja o Spray Spuni. Isto tudo devido a Federação compartilhar a ideia do princípio "*clean venue*", sugerindo a primazia de não divulgar as marcas dos produtos utilizados durante as partidas de futebol realizadas através de seus esforços, exceto se elas forem marcas dos Patrocinadores Oficiais da FIFA³³.

A Federação ainda alega que referido princípio é de conhecimento do Autor, já que ela fez menção a ele em sua contestação e, pelo sentido de não auferir proteção diferenciada a parte, prefere não viabilizar o reconhecimento pelo Spray Spuni.

A FIFA aduz que os pedidos do Autor têm cunho especialmente econômico e desproporcionais, carecendo de justificativas mais precisas e sólidas, como produção de provas, uma vez que, não teria Heine comprovado a violação das patentes. Assim, pretende a extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, em razão de cláusula arbitral. E, por fim, alega que o juízo em que se encontra a presente causa é incompetente, devido à falta de jurisdição da autoridade brasileira, já que a sede oficial dela se situa na Suíça³⁴.

O processo está em fase de instrução e não possui data certa para a realização do julgamento. No entanto, as questões controvertidas acima expostas já foram afastadas pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial, em especial acerca da cláusula arbitral, tendo em vista que o contrato pactuado envolve partes adversas a demanda processual, e não a qualquer contrato firmado entre a FIFA e o Spray Spuni e seu idealizador³⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A via judicial tem se mostrado como um caminho para a resolução dos conflitos e apuração de crimes previstos na Lei nº 9.279 de 1996, que cuida da Propriedade

³¹ Folhas 516 do processo nº 0024812-77.2018.8.19.0000.

³² Folhas 1877 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

³³ Folhas 1889 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

³⁴ Folhas 1890 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

³⁵ Folhas 1893 do processo nº 0314313-89.2017.8.19.0001.

Industrial. A decisão liminar concedida no processo aqui referido demonstrou sua efetividade ao determinar a proibição, do uso dos sprays pela FIFA em suas competições, sob pena de multa.

Da análise dos autos referenciados observa-se que os inventores Heine Allemagne e Pablo Silva encontram respaldo jurídico de suas pretensões no artigo 2º da referida lei, que dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade. Observe-se que os autores são detentores de patentes devidamente registradas no I.N.P.I. – Instituto Nacional da Propriedade Industrial e demais países.

Outrossim, o artigo 42 da Lei da Propriedade Industrial confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos, produto objeto de patente, processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, sob pena de indenizações pela violação.

Há que se ressaltar finalmente que até julho de 2019 a ação ainda não teve seu mérito julgado. Também é previsível pela natureza da demanda que se não houver conciliação entre as partes o processo tende a se alongar por vários anos. Contudo levando-se em consideração a decisão inicial do magistrado de primeira instância e bem como negativa do efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento por parte do segundo grau de jurisdição, os elementos indiciários demonstram que a probabilidade é de que os pedidos da empresa Spuni sejam julgados procedentes para o fim de reparação do dano sofrido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: p. 8353, 15 maio 1996. E-book. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: p.1, 11 jan 2001. E-book. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Decisão, Processo Nº 0314313-89.2017.8.19.0001. Autor: Spuni Comércio de Produtos Esportivos e Marketing Ltda. Réu: Federation Internationale de Football Association FIFA. Rio de Janeiro, RJ, 13 de dezembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Heine Allemagne Vilarinho Dias. *Composição espumosa em spray para demarcar e limitar distâncias regulamentares nos esportes*. BR nº PI 0004962-0 B1, 20 out. 2000,

11 jun. 2002. Disponível em: <<https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=561866&SearchParameter=HEINE%20ALLEMAGNE%20%20%20%20%20%20&Resumo=&Titulo=>>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato*. Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.05.

AS ENTRELINHAS ENTRE A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA E OS LIMITES DA DEMOCRACIA NO BRASIL NA OBRA DE FLÁVIA BIROLI

Amanda Oliveira de Sousa*
Livia Maria Nascimento Silva**

Referência da Obra: BIROLI. Flávia. Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

Em Gênero e Desigualdades, Flávia Biroli segue com suas análises sobre a atuação feminina nos espaços de poder. A autora recorre a uma divisão didático-metodológica que condensa os capítulos do livro em uma cadeia de premissas que conduzem o texto até o seu ponto principal.

Nesse íterim, a construção textual feita por Biroli (2018) perpassa por 5 capítulos, iniciando por uma análise voltada à divisão sexual do trabalho (capítulo 1), seguindo-se para uma abordagem sobre a correlação entre cuidado e responsabilidades (capítulo 2), a qual cede espaço para uma investigação ainda mais detida acerca dos desdobramentos da posição feminina no seio familiar e maternal (capítulo 3), bem como para as ligações entre aborto, sexualidade e autonomia feminina (capítulo 4), culminando todas as análises, por fim, na peça nodal da obra: os vínculos feministas com a atuação política feminina (capítulo 5).

No capítulo inaugural a autora chama a atenção para o impacto que as históricas hierarquias de gênero têm sobre a divisão de tarefas entre homens e mulheres, ressaltando a importância dessa dimensão ser, necessariamente, incorporada nas formulações que buscam explicar a sub-representação feminina nos cargos de poder e, também, ser compreendida a partir das categorias raça e classe.

Nesse momento inicial são, particularmente, caros à obra desenvolvida os apontamentos feitos pela autora que tocam ao grau de diferenciação com que as opressões incidem sobre as mulheres. O diálogo com Saffioti (2013) é extremamente pertinente, neste sentido, pois permite abordar as divergências presentes entre as dominações de gênero sofridas pelas mulheres da classe dominante e as sofridas pelas da classe dominada.

O avançar da obra é ainda mais preciso. O segundo capítulo ramifica-se do primeiro, explorando o simbolismo do cuidado que paira sobre a mulher e sobre a mulher mãe, bem como o déficit de uma corresponsabilização entre cônjuges ou companheiros no âmbito doméstico.

* Graduanda do X semestre do Curso de Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Integrante do Programa de Assessoria Jurídica Estudantil (PAJE). Pesquisadora nas áreas de representação política feminina e Assessoria Jurídica Popular. E-mail: oliveiraamanda482@gmail.com.

** Graduanda do IX semestre do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA). Integrante do Programa de Assessoria Jurídica Estudantil (PAJE). Pesquisadora nas áreas de gênero e maternidade e Assessoria Jurídica Popular. E-mail: liviamarians1@gmail.com.

A análise empreendida cumpre papel de destaque ao focalizar os significados das estruturas sociais em torno da figura doméstica da mulher, porquanto pauta a necessidade de conceber o cuidado como uma categoria fundamental para analisar dinâmicas de reprodução de vantagens e desvantagens entre homens e mulheres.

Sob esse enfoque, quando toca em “Família e Maternidade” no terceiro capítulo, o percurso teórico debruça-se em dado momento sobre a apropriação de um discurso familiarista como justificativa implícita de combate à igualdade de gênero:

[...] as reações à igualdade de gênero recorrem a ideias e tradições familiares para posicionar as mulheres como mães e cuidadoras, de modo que justificam (e ampliam) sua exclusão e sua inclusão desvantajosa em outras esferas. Os feminismos, mesmo os que incorrem em ideias maternais, e o “familismo” conservador reacionário têm tido posições muito distintas no que concerne ao controle sob os corpos e a sexualidade, bem como a toda a problemática dos privilégios (BIROLI, 2018, p.117-118).

O arremate do tema pela autora é em certa proporção alarmante, evidenciando, por um lado os avanços de ativistas e teóricas no debate sobre as vulnerabilidades da mulher no ambiente doméstico e suas implicações no seu progresso na vida pública e, por outro, o entrelaçamento entre a crítica dessa estrutura à crítica ao capitalismo e seus subprodutos no âmbito privado: o controle e os privilégios.

A abordagem sobre aborto e sexualidade, por sua vez, impacta positivamente a leitura ao explanar de modo esmiuçado a importância do reconhecimento de privilégios e controles para o avançar de políticas públicas que versem sobre a agenda dos direitos sexuais e reprodutivos femininos.

Biroli (2018) problematiza, nesse ponto, as bases sob as quais se assentam dilemas morais e políticos normalmente presentes na discussão sobre aborto e autonomia feminina, vinculadas a abstrações de direitos subscritos sobre os corpos femininos.

Na medida em que se incorpora o ponto de vista feminino nessas discussões, o ponto de partida não são mais generalidades, mas o impacto efetivo que a interrupção de uma gravidez, por exemplo, tem na vida de uma mulher, incluindo nessa ponderação a repercussões da divisão sexual do trabalho e as limitações impostas às escolhas das mulheres a depender da posição de seus privilégios.

No mais, como dito na síntese inicial, todas as análises feitas pela autora dão a base necessária para trabalhar o campo político na parte final da obra. A retomada aos recortes interseccionais está novamente presente, pois segundo Biroli (2018), não é possível pensar nos óbices à ocupação feminina no espaço público, sobretudo na arena representativa, sem pensar na confluência de obstáculos formais e informais à sua presença nesse locus, exigindo que além do binômio sexo x gênero, pense-se nas variáveis classe, raça e etnia.

Outrossim, é importante o destaque da obra ao fato de que, mesmo diante de um cenário de sub-representação nos cargos políticos, a presença feminina pode

ser sentida no espaço institucional. Na cena brasileira, do combate à ditadura – a integração em organizações políticas clandestinas durante ela – ao processo de redemocratização, o ativismo de grupos de mulheres e movimento feministas se fez resistente. Não obstante, embora não se possa falar em uma ausência, as dificuldades de acesso e implementação de debates sobre os direitos das mulheres continuam a ser demasiadamente expressivas.

Ganha ênfase, também, a ampliação das pautas feministas e as várias vertentes originadas delas, cada qual operando com determinados padrões no espaço público. Convenientemente, a obra remete às reflexões de Fraser (1992), recordando a forma pela qual grupos subordinados se contrapõem a discursos hegemônicos, formando “arenas discursivas paralelas” (BIROLI, 2018, p. 199).

A preocupação com a reação conservadora sobre os direitos das mulheres é outro foco crítico. Os valores ditos morais de elites políticas se atravessam a agenda da igualdade de gênero, ao tempo em que se voltam para restrições que atingem fundamentalmente as populações mais vulneráveis e, nesse prisma, medidas de austeridade e a sucateação dos direitos trabalhistas seriam nítidos exemplos de como questões importantes são tangenciadas do efetivo debate público, escancarando o alargamento de um déficit democrático na sociedade brasileira.

Vale o registro da autora de que,

[...] os limites à participação política das mulheres e os conflitos em torno das lutas feministas estão longe de serem problemas específicos de um grupo. Trata-se de questões fundamentais para a democracia e seu futuro. A permeabilidade relativa do Estado à atuação das mulheres e à agenda feminista remete a filtros que restringem a participação popular e, hoje, às redefinições dos limites da democracia com o andamento da lógica econômica neoliberal. (BIROLI, 2018, p. 204).

De mais a mais, todas as questões trabalhadas na obra, longe de serem temas pouco complexos, apontam para a multidimensionalidade dos fatores que limitam a atuação pública das mulheres no Brasil e, trata dela não como um problema exclusivo da cidadania feminina, mas como algo compromete a própria essência de uma ordem teoricamente democrática, revelando a persistência de pressupostos sociais de dominação masculina pouco receptivos a mudanças.

Somando-se a essas considerações, há de se pontuar, também, como resvalado por toda a obra de Biroli (2018), que as opressões vivenciadas pela população feminina brasileira não são unilaterais, tão pouco uniformes, o processo de dominação sobre os corpos femininos tem origens profundas e elas devem ser cada vez mais dimensionadas pela investigação social e científica, sob pena de reproduzirem nada mais do que fórmulas genéricas.

REFERÊNCIAS

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUM, Craig (org). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, The MIT Press, p. 109-42, 1992.

SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. 3. Ed. São Paulo, Expressão Popular, 2013.

LIÇÕES DE DIREITO A PARTIR DO CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA

Huanna Beatriz Serra Silva*

Referência da Obra: FULLER, Lon L. O Caso dos Exploradores de Caverna. Tradução do original em inglês e notas por Ari Marcelo Solon; apresentação Moacir Andrade Peres e Maísa Cristina Dante Fagundes. 2 edição, São Paulo: Edipro, 2015.

A obra “O caso dos exploradores de caverna” foi publicada pela primeira vez em 1949, na Harvard Law Review (Revista de Direito de Harvard) por Lon L. Fuller, sendo considerada a obra prima do autor, esse livro foi e é lido e discutido por estudantes de Direito em todo o mundo, pois introduz reflexões de filosofia jurídica e chama à prática a partir da apresentação de um caso concreto.

Dessa forma, é um texto de suma essencialidade para a formação dos acadêmicos de Direito, já que revela questões propedêuticas e necessárias à composição intelectual dos estudantes. Sendo assim, expõe a multiplicidade de fatores que envolvem a aplicação da norma positivada em um caso concreto, mostrando que o emprego da lei é, inúmeras vezes, confuso e não óbvio, já que é fruto da sociedade, portanto, possui sua complexidade e mutabilidade.

Assim, partindo de uma situação fictícia, mas que espelha a realidade, são apresentadas questões que evidenciam as dificuldades na aplicação do Direito diante de convicções e ideologias que são próprias da Ciência Jurídica e que evoluíram com a mesma. São eles: O que é justiça? Qual o propósito e a função da norma? Punir ou perdoar? Direito natural ou positivo?

Esses questionamentos, na obra, levam em consideração o embate entre a corrente positivista e a jusnaturalista do direito, frequentemente, remontando ao caso hipotético em análise. Por isso, o livro possui uma contextualização inicial e depois apresenta a opinião de cinco juízes, é a dinâmica e divisão proposta pela obra, sobre as implicações do caso e o que deve ser feito, obtendo-se a decisão mais correta.

No livro, primeiramente, os fatos são situados no espaço e no tempo, contextualizando-os. Sendo assim, o caso está sendo julgado e reavaliado na Suprema Corte de Newgarth, no ano de 4300, pois os réus já haviam sido condenados à morte por enforcamento pelo Tribunal de Primeira Instância do Condado de Stowfield. Porém, temendo cometer uma injustiça e ainda mais as repercussões populares, é que novos pareceres foram solicitados, visando segurança jurídica e, de alguma forma, social.

O juiz que presidia o tribunal, Truepenny, é o responsável por apresentar o caso, narrando o confinamento dos mineiros, o plano e ação de resgate, o pacto ajustado entre eles, o “assassinato” de Whetmore e a condenação à força. Nesse bojo, conta

* Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão- UEMA, 7º período; pesquisadora na área de Direito Constitucional; endereço eletrônico: hubeatriz@gmail.com; contato: 98 98216-0417.

que cinco espeleólogos, membros de uma sociedade (clube) que explora cavernas, ficaram presos durante uma expedição, na qual o local da exploração desmoronou. Com o passar dos dias, a intensidade da fome e as tentativas frustradas de resgate corroboraram para que Whetmore, um dos exploradores, propusesse, indecorosamente, que se alimentassem da carne de alguém do grupo, adotando um ideal utilitarista.

Ao ponderarem por mais alguns dias, concordam em deixar nas mãos da sorte a decisão, através do jogo de dados, de quem seria sacrificado. Contudo, antes que os dados fossem lançados, Whetmore declarou que retirava-se do acordo, porém os demais continuaram e ao chegar a vez do desistente, um dos réus jogou os dados por ele, inexistindo objeções por parte de Whetmore, pois não apresentou protestos, sendo o resultado contrário e, assim, fora morto e consumido pelos companheiros.

Após narrar os fatos, o presidente Truepenny expôs sua visão, coadunando-se como um “positivista moderado”, já que adota o que a norma do país apregoa: “Quem quer que, intencionalmente, prive a outro da vida será punido com a morte”. Porém, assume sua tendência em conceber como trágico os fatos a que os mineiros foram impostos, bem como o desejo para que o Poder Executivo conceda misericórdia aos réus.

Portanto, o primeiro magistrado, decide por cumprir a lei, todavia o faz com ressalva, aconselhando o Executivo a perdoar os réus. O juiz, com isso, age com temor e receio, pois transfere o poder decisório sobre o caso ao presidente da nação, cedendo responsabilidades e atribuições. Faz isso, para não ferir o positivismo jurídico, pois não almeja ir de encontro a norma, contudo, acredita que o justo será absolver os acusados, por isso, o perdão do outro Poder deve ser concedido. Truepenny declara no final de seu discurso, na página 22, “penso que podemos presumir que alguma forma de clemência será concedida aos réus. Se tal for feito, então a justiça será realizada sem prejudicar a letra ou o espírito de nossas leis, e sem oferecer qualquer tipo de encorajamento pela sua desconsideração”.

Após o presidente, o juiz Foster, baseando-se no jusnaturalismo, concebeu que os réus deveriam ser inocentados do crime de homicídio de Roger Whetmore. Para isso, utilizou duas premissas principais as quais revestiu de embasamento teórico para defendê-las. A primeira declara que o direito positivo é inaplicável ao caso, já que os exploradores de caverna se encontravam em “estado de natureza”, portanto o direito aplicável seria o natural. Para tanto, utiliza as teorias contratualista de Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau a fim de esclarecer as circunstâncias dos homens no estado natural e as leis que os regem.

Na segunda premissa, se vale, também, da defesa da jurisprudência, pois a letra da lei pode ser infringida sem se violar a própria lei, pois todo direito positivo deve ser interpretado conforme princípios médios pactuados, ou seja, no caso deve-se partir da lei, não encerrar-se nela. Pensa, dessa forma, que quando se perde o propósito da norma, conjuntamente, se perde sua razão de ser, sua justiça.

O juiz Foster é tido como inteligente e perspicaz na construção argumentativa que realiza. Ademais, levanta pontos importantes à reflexão do estudante de Direito,

propondo questões sobre a justiça, o “fim do direito”, interpretação das normas e até legítima defesa, sendo um representante perfeito e consciente do jusnaturalismo que é uma doutrina que defende o direito natural imutável e a justiça nas práticas jurídicas.

O terceiro juiz a se manifestar foi o Tatting, declarando que sempre deliberava fundando-se na razão, mas que no caso em questão não conseguiu dissociar sua emoção dos juízos de valor feitos, gerando sua abstenção do caso. Porém, seu discurso contribuiu como contraponto e oposição ao jusnaturalismo, inserindo novas ideias que associaram-se ao realismo jurídico e refutaram os argumentos de Foster.

O magistrado condena o “estado de natureza” proposto por seu colega, questionando se os réus estiveram nesse estado por causa do isolamento, da fome ou da “nova constituição” que criaram e que seria paralela a do seu país. O juiz, também, argumenta sobre o caráter condenável do acordo firmado pelos membros da Sociedade Espeleológica, destacando a tentativa de desistência por Whetmore.

Tatting, posteriormente, faz considerações sobre os argumentos de legítima defesa. Afirmando que, se Whetmore tivesse atirado nos companheiros quando esses o tentassem matar, segundo o contrato, não poderia ser enquadrado na legítima defesa, mas segundo a Constituição de seu país poderia. Pois, afirma que a lei só considera legítima defesa um ato não intencional, pondo, ainda, que os propósitos da lei são inúmeros e diversos.

Chegada à vez do juiz Kenn, esse apoiou a permanência da condenação dos réus, exibindo e defendendo uma postura positivista e normativa, superando suas opiniões pessoais sobre o caso, ou seja, torna a lei guia único e soberano.

Inicialmente, argumenta que duas questões não deveriam ser analisadas naquela Corte. A primeira seria a transferência ao poder Executivo da responsabilidade de absolver ou condenar os réus, pois a decisão seria apenas do egrégio tribunal, não devendo as deliberações pessoais dos juízes determinarem a resolução (deliberações somente auxiliariam e seriam próprias do Judiciário). Na segunda questão, reveste seus argumentos na doutrina do direito positivo e até na teoria de Kelsen, pois desvincula as decisões jurídicas da moralidade ao afirmar que não se trata de “certo”, “errado”, “bom” ou “perverso”, mas da aplicação da norma.

Dessa forma, afirma que como cidadão perdoaria aqueles sujeitos desafortunados, mas como magistrado deveria cumprir e efetivar as leis. Essa postura, exibe a realidade do Direito, pois os fatores sociais e filosóficos, inúmeras vezes, são postos de lado em detrimento de condutas arraigadas e que se mostram um caminho “fácil” e seguro para os casos difíceis.

Avançando, o último juiz a se posicionar é o Handy que é o mais político de todos, não levantando bandeiras doutrinárias do Direito, mas analisando-as em conjunto e partindo da realidade social. Handy é contrário à condenação dos acusados, argumentando sobre a problemática de se julgar o caso sob o prisma de teorias abstratas e legalistas no lugar de se julgar pelo conhecimento prático ligado a realidade concreta da sociedade.

Nessa esfera, recorda que o povo é governado não só pela lei, mas por outros indivíduos e que um bom governo se dá quando os governantes compreendem o sentimento e concepção popular e, de todos os outros ramos do governo, é o judiciário que detém a maior possibilidade de perder o contato com o povo pelas contraposições teóricas que tratam suas questões. Portanto, o povo deve ser ouvido e sua opinião levada em consideração.

Esse posicionamento insere outra conjuntura da Ciência Jurídica e expõem novos desdobramentos na sua constituição e aplicação, pois considera os sujeitos como compositores das normas e condenações. Todavia, essa prática deve ser executada com cuidados para não se julgar pautando-se apenas no senso comum, já que muitos cidadãos não realizam uma reflexão ponderada e equilibrada ao emitir seus posicionamentos ou efetuar juízos de valor.

No livro, após as deliberações sobre o caso a pena fora mantida, pois os votos ficaram empatados. Dessa maneira, mesmo com o desfecho e a manutenção da condenação, a obra expande a compreensão sobre o Direito, suscitando o debate acerca da justiça e injustiça, do alcance da lei escrita, dos contratos e do instinto humano, além do embate duradouro entre ideias e teorias positivistas e jusnaturalistas.

Analizando as argumentações de cada juiz, vislumbra-se a base intelectual para cada corrente defendida. Sendo assim, nota-se que o jusnaturalismo tenta defender a “justiça” (corresponde a uma justiça anterior, superior e própria dos homens), mesmo que se oponha a lei posta no ordenamento, fundamentando-se no direito natural que perpassou por distintos estágios no transcorrer da história: elemento eterno e imutável; pressupostos lastreados em normas divinas; doutrinado através da razão e, por último, seguindo as alterações da consciência social. Todavia, a ideia de equidade permaneceu, bem como da universalidade das suas leis que pressupõem o correto (ainda que abstrato). Essas ideias são apresentadas de forma aplicada, principalmente, no discurso do juiz Fuller.

Já o Direito positivo é a concretude, o empírico, considerado aquele conjunto de normas jurídicas criado por meio de decisões voluntárias e mutáveis. Apresenta estrutura e natureza culturalmente construída e constitui um sistema que ordena o mundo jurídico, tendo como fundamento a ordem social. Tais princípios são notados nas falas do juiz Tatting (mesmo com sua abstenção) e, principalmente, do juiz Keen.

A partir da análise da obra, percebemos que divagar sobre qual o direito mais correto e que deve ser usado, focando no embate, não contribui para a evolução da Ciência Jurídica ou de seus profissionais. O debate e apresentação das ideias é importante, contudo, não deve perde-se em uma retórica constante e infundável mas sim, buscar alcançar o mais cabível e aceitável em cada caso, o mais justo dentro das possibilidades (mesmo que a justiça seja naturalmente relativa).

Sendo assim, sobre o “Caso dos Exploradores de Cavernas”, poderia se optar pela posição de eterno pensador e só levantar questões, mas, propõe-se uma opinião neste trabalho a cerca da absolvição dos réus, conforme segue.

Ainda que não se concorde com os atos praticados por tais homens e seja difícil conceber como viveram com suas consciências após a perpetuação de atos tão extremos, é importante notar que muitos esforços e vidas foram sacrificadas para manter a sobrevivência dos espeleólogos e os limites a que foram submetidos não indicam previsão de conduta. Portanto, trata-se o caso de julgar sem saber o que se faria naquela situação. Assim, a resolução do caso concreto exige ponderar sobre todos os argumentos apresentados e notar que não há apenas uma verdade em tela, mas diversas verdades inscritas em diferentes pontos de vista.

Com isso, percebe-se que a obra é indicada a todo estudante ou profissional do direito que almeje elevar seu arcabouço de conhecimento. É também uma leitura interessante para todos aqueles que buscam elevar-se culturalmente ao refletir sobre as implicações das esferas sociais e humanas. Então, é uma leitura que só tem a acrescentar a todos que possuem questionamentos sobre os limites da moral e da justiça (aplicadas ou não ao direito).

O autor dessa obra, Lon L. Fuller, estudou economia e direito em Stanford e atuou como professor de teoria geral do direito nas Faculdades de Direito de Oregon, Illinois e Duke e, posteriormente, passou a lecionar na renomada Faculdade de Direito de Harvard. Foi autor de vários livros sobre teoria do direito, direito civil e filosofia, sendo reconhecido amplamente pela obra denominada “O Caso dos Exploradores de Caverna”, na qual apresenta reflexões e análises a partir de um caso concreto, refletindo sobre o que é justo e injusto, bem como sobre o que é direito.

Dessa forma, percebe-se que tanto essa obra em específico quanto o trabalho do autor só podem contribuir nos estudos sobre o fenômeno jurídico e seus desdobramentos nas diferentes relações que podem se desenvolver na realidade social, bem como de apresentar uma nova esfera de ideias e teorias que cooperam na formação intelectual dos estudantes de direito.

REFERÊNCIAS

FULLER, Lon L. *O Caso dos Exploradores de Caverna*. Tradução do original em inglês e notas por Ari Marcelo Solon; apresentação Moacir Andrade Peres e Maísa Cristina Dante Fagundes. 2 edição, São Paulo: Edipro, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes. *O Caso dos Exploradores de Caverna (resumo)*. Disponível em: <www.jurisciencia.com/artigos/o-caso-dos-exploradores-de-caverna-lon-l-fuller-resumo/71/> Acesso em: 29 de Junho 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANDEL, Michel J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011

Resumo Crítico de Livro Acadêmico

SOUSA, Sandy. *Direito Natural X Direito Positivo*. Disponível em: <www.respirando-direito.blogspot.com.br/2008/03/direito-natural-x-direito-positivo.html> Acesso em : 30 de Junho 2016.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Resumo de Monografia

Polyanne Silva Neves Soares*

Este trabalho intitulado “Estatuto da Pessoa com Deficiência e a autonomia da vontade” tem **por objetivo** analisar o impacto das alterações trazidas pela lei 13.146/2015 na vida da pessoa com deficiência, que modificou os artigos 3 e 4, inciso III do Código Civil: que consiste na retirada da pessoa com deficiência do rol de absolutamente incapazes para relativamente incapaz. O estabelecimento de um novo instituto alternativo à curatela: a tomada de decisão apoiada e as alterações no Código de Processo Civil no que se refere ao sistema de curatela. Sendo o **problema** delineado frente à autonomia e capacidade da pessoa com deficiência por meio da real aplicabilidade de tais direitos assegurados. Em contrapartida, a **hipótese** levantada repousa na reforma do sistema assistencialista e patrimonialista do ordenamento jurídico brasileiro às pessoas tidas como absolutamente incapazes, diante das mudanças no Código Civil e Processo Civil. Para tanto utiliza-se como **metodologia** uma abordagem dedutiva e a técnica de documentação indireta, principia-se tratando sobre a capacidade no Direito Civil brasileiro e os princípios constitucionais aplicáveis às pessoas com deficiência e finalmente, versar-se sobre a autonomia e os direitos da pessoa com deficiência. Tendo como **resultado** a constatação quanto aos benefícios e direitos assegurados com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, onde busca-se fomentar a promoção da sua integração com o ambiente social e, ainda, o acesso à autonomia da vontade que por muito tempo foi-lhe retirada.

Palavra-chave: Autonomia da vontade. Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins D. *O estatuto da pessoa com deficiência e as novas perspectivas em torno da mudança da capacidade civil*. Universidade federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2017. p. 45. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21833/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20TEILA%20ROCHA%20LINS%20D%E2%80%99ALBUQUERQUE.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2016.

ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. *Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética dos direitos humanos*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 3, set./dez. 2017.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. Revista CEJ, América do Norte, v. 3, n. 9, set./dez. 1999.

AMIRALIAN, Maria LT; PINTO, Elizabeth B; GHIRARDI, Maria IG; LICHTIG, Ida; MASINI, Elcie FS; PASQUALIN, Luiz. *Conceituando deficiência*. Revista de Saúde Pública, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, fev. 2000.

BALDI, César Augusto. *Tratados internacionais podem ampliar direitos*. Revista Consultor Jurídico, 13/11/2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-nov-13/tratados-internacionais-ampliam-direitos-pessoas-deficiencia>>. Acesso em: 29 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dez. 2010.

BERNADES, Camila Fernandes Santos; CALCAGNO, Matheus Braga. *A dignidade da pessoa humana como norma - princípio e seus reflexos frente a concretização dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c929f2210333206f>>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. *Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?* Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 204, out./dez. 2014.

BRASIL. *Lei n. 13.146, de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

_____. *Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência*. Protocolo Facultativo à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência; Decreto Legislativo n. 186/2008 – Decreto n. 6.949/2009. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Ministério da Educação. *Declaração dos Direitos das pessoas com deficientes*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

BUBLITZ, Michelle Dias. *Conceito de pessoa com deficiência: comentários à ADPF 182 do STF*. Revista da Ajuris, v. 39, n.127.

CAIADO, Kátia Regina Moreno. *Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiências: destaques para o debate sobre a educação*. Revista Educação Especial, v. 22, n. 35, set./ dez. 2009.

CHAGAS, Claudia Maria de Freitas; FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. *Conselho Nacional do Ministério Público e a pessoa com deficiência*, Revista Jurídica ESMP-SP, v. 4, 2013.

CARVALHAES, Paulo Sergio. *Princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito brasileiro*. Disponível em: <http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2015/08/artigos/principio_da_dignidade.pdf> Acesso em: 01 set. 2018.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVALCANTE, Lara Capelo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2018.

COSTA, Fernanda Pereira. *A inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho*. In: *mbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12085>. Acesso em: 01 set. 2018.

DIAS, Isaac Nilson Fonseca; SANTOS, Rosélia Araújo Rodrigues dos. *As garantias constitucionais das pessoas com deficiência à luz do código de defesa do consumidor*. Revista CEUMA perspectivas, v. 27, 2016.

DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. *Novos comentários à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2018.

DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado*. Salvador: Podivm, 2016.

Resumo de Monografia

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Fernanda Holanda. *“Uma lição de amor”: o direito à autonomia das pessoas com deficiência*. Revista de Direito, Arte e Literatura, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016.

FOHRMANN, Ana Paula Barbosa. *Os modelos médicos e social de deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum*. Revista Estudos Institucionais, v. 2, 2016.

