

UNIG
UNIVERSIDADE IGUAÇU

**REVISTA CIÊNCIAS JURÍDICAS E
SOCIAIS APLICADAS**

ISSN 2594-8768



Volume 4, número 1, Jan – Jun, 2021

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, FaCJSA

Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicada

EDITOR GERAL

- Dra. Anna Beatriz Esser dos Santos, UNIG - RJ, Brasil

EDITOR DE SEÇÃO

- Msc. Washington Luiz Aquino Ferreira, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Eliane Ferreira de Souza Ribeiro, UNIG - RJ, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

- Dr. Aldo Antônio Azevedo, UNB - BR, Brasil
- Dr. Arthur Luís Pereira Torres, PUC - RS, Brasil
- Dra. Carolina Montolli, FJP/APM - MG, Brasil
- Dra. Fabiana Junqueira Tamaoki, AET/UNIMAR - SP, Brasil
- Dr. Fábio Fernandes Neves Benfatti, FPL - PR, Brasil
- Dr. Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino, UNOPAR - PR, Brasil
- Dr. Gilvan Luiz Hansen, UFF-RJ, Brasil
- Dra. Ieda Rubens Costa, FACH/CAMBURY - GO, Brasil
- Dra. Luciana de França Oliveira Rodrigues, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Dra. Maria Alice Chaves Nunes Costa, UFF-RJ, Brasil
- Dra. Margareth Pereira Arbués, UFG/UNIP - GO, Brasil
- Dra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho - PUC-GO, Brasil
- Dr. Ricardo Tonassi, UFRRJ - RJ, Brasil
- Dr. Sandro Marcos Godoy, AET/UNIMAR-SP, Brasil
- Dr. Thiago Rodrigues Pereira, UCP/UNILASSALE - RJ, Brasil

CONSELHO CONSULTIVO

- Msc. Amanda Pessoa Parente, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader, UNIG - RJ, Brasil
- Esp. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Cesar Alexandre Barbosa, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Flávia Emília Silva de Oliveira, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Lívea Farah Fernandes, UNIG; Faculdade São José, Brasil
- Msc. Lúcia Regina Merlin, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Mayra Lima Vieira, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Michelly Brandão Reis, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Rodrigo Bandeira Marra, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Sheyla Vela Salgado, UNIG; Unissuam - RJ, Brasil
- Msc. Tereza Fernanda Marstuscello Papa, UNIG - RJ, Brasil

REVISOR

- Msc. Monica Saad, UNIG, RJ, Brasil

Editorial

Ao Público Leitor,

Apresentamos o volume 4, número 1, Jan-Jun, 2021 da Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, periódico eletrônico da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Universidade Iguazu.

Na seção “Artigos”, apresentamos quatro trabalhos provenientes de pesquisas em andamento e concluídas de pesquisadores pós-graduados na área do Direito.

O primeiro artigo, de autoria de Lohany Dutra Amorim e Claudia Aparecida da Silva Pires, “**As regras de reconhecimento em Hart**” objetiva analisar as regras de reconhecimento propostos por Herbert Lionel Adolphus Hart a partir da crítica de John Langshaw Austin e os verificar defeitos das normas primárias e como as normas secundárias podem supri-las.

Na sequência, o artigo intitulado “**As dificuldades para legitimidade da barriga de aluguel ou cessão de útero: inclusão de famílias homossexuais e heterossexuais impossibilitadas de gerar vida**”, de autoria de Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho e Kassia Correia Batista Neves, que tratará sobre os direitos inerentes ao ser, sua liberdade corpórea e o seu livre arbítrio de composição familiar e sua inclusão no grupo de cidadãos passíveis de utilização do método de cessão de útero ou barriga de aluguel e as diversas práticas que possam infringir essas prerrogativas e as dificuldades encontras para conseguir este procedimento no Brasil.

O terceiro artigo, de autoria de Simone Figueiredo Rocha, “**Arteterapia: um debate sobre a o atendimento educacional especializado e sua legislação no Brasil**”, busca discutir a fundamentação legal da Educação Inclusiva, tendo como referência a preocupação do Legislador na criação de leis e apresenta a aplicabilidade da arteterapia como forma terapêutica no Atendimento Educacional Especializado.

O último artigo, de autoria de Yanka Soares Pereira Falcão Ferreira, intitulado “**Diretivas Antecipadas de Vontade: legalização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade civil médica**”, analisa à partir dos avanços biotecnológicos, a utilização das Diretivas Antecipadas de Vontade, no qual faculta ao indivíduo que se encontra consciente e autodeterminado, manifestar antecipadamente sua vontade quanto aos procedimentos médicos que gostaria ou não de ser submetido, caso se encontre em estado terminal.

À seção seguinte, são apresentados Trabalhos de Conclusão de Curso defendidos na Universidade Iguazu nos últimos semestres. Todos os artigos são de alunos indicados para publicação que receberam nota máxima pela banca de defesa dos trabalhos finais e, posteriormente, submeteram seus trabalhos e foram aprovados pela avaliação desta revista. Os trabalhos estão em coautoria com seus respectivos orientadores de monografia.

Desejo a todos uma boa leitura!

Profª Drª Anna Beatriz Esser dos Santos.

Editora Chefe

SUMÁRIO

ARTIGOS:

AS REGRAS DE RECONHECIMENTO EM HART	7
AS DIFICULDADES PARA LEGITIMIDADE DA BARRIGA DE ALUGUEL OU CESSÃO DE ÚTERO: INCLUSÃO DE FAMÍLIAS HOMOSSEXUAIS E HETEROSSEXUAIS IMPOSSIBILITADAS DE GERAR VIDA.....	18
ARTETERAPIA: UM DEBATE SOBRE A O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO E SUA LEGISLAÇÃO NO BRASIL	37
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: LEGALIZAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	50

TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO:

O ATLETA E SUA IMAGEM: A CESSÃO DA IMAGEM DOS ATLETAS FUTEBOLÍSTICOS AOS JOGOS ELETRÔNICOS	72
DIREITO DOS ANIMAIS: ANÁLISE ACERCA DA TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS SUBMETIDOS A MAUS-TRATOS À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	90
POSSÍVEIS CAUSAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO REABANDONO NA ADOÇÃO	108
O FENÔMENO DO TERRORISMO NO BRASIL: TRATAMENTO PENAL E HISTÓRICO	125
O AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO E A COLETA DE SEUS DADOS ESTATÍSTICOS NA COMARCA FEDERAL DE NOVA IGUAÇU	147
INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: DIGRESSÕES ACERCA DO INSTITUTO E ANÁLISE DA TENTATIVA DE FEDERALIZAÇÃO DO CASO MARIELLE FRANCO E ANDERSON GOMES.....	170

ARTIGOS

AS REGRAS DE RECONHECIMENTO EM HART

Lohany Dutra Amorim¹

Claudia Aparecida da Silva Pires²

RESUMO

O objetivo do trabalho é analisar as regras de reconhecimento propostos por Herbert Lionel Adolphus Hart em sua obra intitulada: O conceito de Direito. Para a realização dessa pesquisa, os procedimentos metodológicos escolhidos foram os métodos bibliográfico e o hipotético-indutivo. Essa metodologia foi utilizada para responder a seguinte pergunta do problema proposto neste trabalho: quais são as regras de reconhecimento proposta por Hart? Com isso, serão apresentadas as críticas de Hart ao autor John Langshaw Austin, e logo após, serão analisadas as normas primárias e secundárias descritas por Hart. Também serão analisados os defeitos das normas primárias e como as normas secundárias podem supri-las. Por fim, apresentar-se-á as regras de reconhecimento segundo os estudos em Hart.

Palavras-chave: Hart. Normas primárias. Normas secundárias. Normas de reconhecimento.

HART RECOGNITION RULES

ABSTRACT

The objective of the work is to analyze the recognition rules proposed by Herbert Lionel Adolphus Hart in his work entitled: The concept of Law. To carry out this research, the methodological procedures chosen were bibliographic and hypothetical-inductive methods. This methodology was used to answer the following question of the problem proposed in this work: what are the recognition rules proposed by Hart? Thus, Hart's criticisms of author John Langshaw Austin will be presented, and soon after, the primary and secondary standards described by Hart will be analyzed. Defects in primary standards and how secondary standards can address them will also be analyzed. Finally, the recognition rules according to the studies in Hart will be presented.

Keywords: Hart. Primary standards. Secondary Norms. Recognition standards.

¹ Mestranda em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Bolsista PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. E-mail: lohanydutraam@gmail.com <http://lattes.cnpq.br/9389586680847335>

² Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Bolsista PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. E-mail: clausyngle@gmail.com <http://lattes.cnpq.br/3496831525307190>

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar as regras de reconhecimento propostos por Herbert Lionel Adolphus Hart em sua obra intitulada: O conceito de Direito. Para a realização dessa pesquisa, os procedimentos metodológicos escolhidos foram os métodos bibliográfico e o hipotético-indutivo. Essa metodologia foi utilizada para responder a seguinte pergunta do problema proposto neste trabalho: quais são as regras de reconhecimento proposta por Hart?

Para a resposta do problema proposto, o tópico 2 analisará as críticas de Herbert Lionel Adolphus Hart ao autor John Langshaw Austin. Será estudado como o modelo simples do direito como um conjunto de ordem de um soberano não representa o sistema jurídico moderno. Também será abordada a ideia que os costumes são criados de modo involuntário e não pela imposição e que de maneira gradual se integram de maneira obrigatória na sociedade.

No tópico 3 serão estudadas as normas primárias e as normas secundárias e como esta complementa aquela. Também serão analisados os problemas em decorrência das normas primárias, os quais são a incerteza, o caráter estático e a ineficiência que poderão ser solucionados com a junção das normas secundárias, e para isso serão estudadas a introdução da norma de reconhecimento, introdução das normas de modificação e as normas de julgamento, respectivamente.

Por fim, serão analisadas, no tópico 4, as regras de reconhecimento de Hart e como essas regras solucionam as incertezas das regras primárias. Além disso, será demonstrada como as regras de reconhecimento ajudam a complementar as regras primárias em um denominado sistema jurídico. E, também, observará ao longo desse tópico que a função das regras de reconhecimento é, portanto, fornecer um critério de reconhecimento para a identificação de regras.

2 AS CRÍTICAS DE HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART AO AUTOR JOHN LANGSHAW AUSTIN

Hart explica que em todo sistema jurídico moderno há disposições e que é possível criar direitos e deveres na esfera do Direito, mas as disposições por si só não impõem ao indivíduo de se comportar de uma forma ou de outra. A primeira crítica de Hart a Austin

é, portanto, o modelo simples do direito como um conjunto de ordem de um soberano não representa o sistema jurídico moderno.

A primeira crítica de Hart a Austin tem como ponto de partida a função que o direito exerce na vida das pessoas. É certo que algumas disposições jurídicas – como aquelas que tipificam crimes – podem funcionar como razões para determinadas ações ou abstenções, e em relação a elas pode valer a definição de Austin, para quem, cabe lembrar, disposições jurídicas são ordens que expressam a vontade do soberano e que, nessa medida, criam deveres para seus destinatários; mas é igualmente certo que o direito não é composto exclusivamente pelas disposições de direito penal. Ao lado delas existem outras que cumprem função significativamente diferente (OLIVEIRA, 2012, p. 29-30).

O autor Hart em sua obra *O conceito de Direito* explica essa crítica fazendo a alusão ao modelo simples de um assaltante onde ele profere uma ordem, em um assalto, para as pessoas que estão no local naquele momento (HART, 2001), ou seja, a ideia de uma autoridade por si só não é capaz de explicar o mundo complexo do Direito. A crítica a Austin é em relação em como demonstrar em como o Direito se distingue de simples ordens baseadas em ameaças, e, também, “para Hart, a busca pela uniformidade pode ser um erro, porque uma característica distintiva do direito reside justamente na união de diferentes tipos de regras (MONTEIRO, 2012, p. 21)”.

A segunda crítica de Hart a Austin é:

A segunda crítica ao modelo de Austin aponta sua insuficiência para explicar o caráter auto-vinculativo do direito. Ou, colocado de outra forma, se as disposições jurídicas são ordens dadas pelo soberano aos súditos, como é possível explicar a vinculação do soberano às suas próprias ordens? Poderia se afirmar que, num estado absolutista, o soberano não está obrigado a seguir as diretrizes que fixa para o restante da população (OLIVEIRA, 2012, p. 30).

Para Hart não é possível que as ordens sejam pautadas em ameaças, pois se o modelo de Austin fosse adequado “seríamos forçados a reconhecer a curiosa situação de alguém que dá ordens a si mesmo (OLIVEIRA, 2012, p. 30)”. Hart também “critica a posição austiniana segundo o qual todas as regras jurídicas podem ser reduzidas a um único tipo, pois ela ignora as variedades de funções que essas regras desempenham em sociedade (BILHALVA, 2015, p. 13)”.

A terceira crítica de Hart a Austin é:

A terceira objeção dirige-se à incapacidade do modelo de Austin de reconhecer a juridicidade dos costumes. Muito embora desempenhe nos sistemas jurídicos atuais (pelo menos nos de raiz continental) uma função subsidiária na determinação do comportamento das pessoas, o costume não pode ser desprezado como possível fonte do direito. E, na medida em que é parte dos sistemas jurídicos, não se pode deixar de

reconhecê-los pelos critérios de identificação do direito (OLIVEIRA, 2012, p. 30-31).

Essa terceira crítica está pautada na ideia que os costumes são criados de modo involuntário e não pela imposição e que de maneira gradual se integram de forma obrigatória na sociedade, ou seja, os “costumes não são ordens dadas pelo soberano aos súditos, antes são hábitos dos próprios súditos reconhecidos como padrões válidos para orientar suas condutas (OLIVEIRA, 2012, p. 31)”.

Então, para Hart, o modelo simples de Austin não é adequado para explicar o complexo mundo de hoje. Também, segundo esse autor, não é possível que as ordens sejam pautadas somente em ameaças, pois isso iria de encontro aos outros tipos. E, por fim, a terceira crítica é a incapacidade do modelo de Austin de reconhecer a juridicidade dos costumes que são, para Hart, criados de modo involuntário e de maneira gradual na sociedade.

No próximo tópico serão estudadas as normas primárias e as normas secundárias de Hart.

3 AS NORMAS PRIMÁRIAS E AS NORMAS SECUNDÁRIAS

Adentrando na obra *O Conceito de Direito* de Hart, especificamente nos elementos do Direito é possível perceber que para esse autor existem normas primárias e normas secundárias. Mas afinal, o que seriam essas normas e o porquê de estudá-las?

Para responder a essas indagações é preciso imaginar uma sociedade sem legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie. Essa estrutura de sociedade comporta o que é denominado de normas primárias. E para que uma sociedade viva apenas de normas primárias é preciso de certas condições. Ou seja, as normas devem conter algum tipo de restrição ao uso gratuito da violência, ao roubo e à trapaça, aos quais os seres humanos são tentados, mas que precisam, em geral, reprimir se quiserem coexistir próximos um dos outros. As regras primárias “podem ser chamadas regras de obrigação, uma vez que impõem condutas ou a abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam (KOZICKI; PUGLIESE, 2017, p.1)”. Estas regras entrelaçam a ideia de mudança no mundo físico ao longo do tempo. Segundo Hart:

É claro que é possível imaginar uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie. Na verdade, há muitos estudos de comunidades primitivas que não só sustentam que esta possibilidade ocorreu, mas descrevem em detalhe a vida de uma sociedade na qual o único meio de controle social e a atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, em termos daquilo que caracterizamos como regras de obrigação (HART, 2001, p. 101).

Porém, seria ingênuo imaginar uma sociedade sem qualquer controle efetivo, guiado apenas pelo que o autor Hart chama de etiqueta social. Primeiramente, em uma sociedade onde não há nenhuma característica identificadora comum, exceto, pelo fato de construírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos, haverá incertezas sobre qual norma realmente deva ser seguida. Ou seja, em grandes grupos, como abordar as normas primárias sem haver dúvidas sobre a essência dessas normas? Com isso, se percebe que o primeiro defeito a essas normas primárias gira em torno da palavra incerteza, pois não há uma norma predefinida para que haja certeza sobre o que deve realmente ser seguido pela população (HART, 2001).

O segundo defeito é o caráter estático dessas normas, pois as únicas formas de modificação nas normas desse tipo de sociedade serão o lento processo de crescimento, por meio do qual condutas antes tidas como opcionais se tornam primeiro habituais ou costumeiras e a seguir obrigatórias e o processo inverso de decadência antes punidas com severidade começam a ser toleradas e, mais tarde, passam despercebidas. Segundo o autor:

Um segundo defeito é o caráter estático das regras. O único modo de alteração da regra conhecido de tal sociedade será o processo lento de crescimento, através da qual os tipos de conduta primitivamente pensados como facultativos se tornaram primeiramente habituais ou usuais e, depois, obrigatórios e o processo inverso de enfraquecimento que ocorre quando os desvios, outrora tratados com severidade, são primeiro tolerados e depois passam despercebidos (HART, 2001, p. 102).

Porém, em uma sociedade como essa, não haverá meios para adaptar deliberadamente as normas à mudança das circunstâncias, seja pela eliminação de normas antigas, seja pela introdução de novas normas, porque, para isso, pressupõe a existência de normas de um tipo diferente das normas primárias de obrigação, que são, por suposição, as únicas segundo as quais o grupo vive. Também, em casos extremos, em uma sociedade com normas somente primárias, cada indivíduo teria simplesmente obrigações ou deveres fixos de fazer ou se abster de fazer certas coisas (HART, 2001).

O terceiro defeito dessa forma simples de vida social é a ineficiência da pressão social difusa pela qual as normas são mantidas, afinal, essa pressão social não é marcada e administrada por uma instância especial, e sim, é deixada a dispêndio de grupos desorganizados de indivíduos. Com isso há uma ausência de um monopólio oficial das sanções. Segundo o autor:

As disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada ocorrerão sempre e continuarão interminavelmente em qualquer sociedade, exceto nas mais pequenas, se não houver uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade, o fato da violação. A falta de tais determinações de forma definitiva e dotadas de autoridade deve distinguir-se de um ou outro ponto fraco associado com ela. Trata-se do fato de que os castigos pela violação das regras e outras formas de pressão social implicando esforço físico ou o uso da força não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados aos indivíduos ofendidos ou ao grupo em geral (HART, 2001, p.103).

Para solucionar esses três defeitos da forma mais simples de estrutura de sociedade é preciso suplementá-las com as normas secundárias. A introdução da correção para cada um dos três defeitos explicados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico ao jurídico. Então, as normas secundárias não são para excluir as normas primárias e sim para complementá-las. “As regras secundárias situam-se num plano diferente das normas primárias; aquelas sempre dizem respeito a estas (KOZICKI; PUGLIESE, 2017, p.1)”. As normas secundárias “especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas ou alteradas, bem como a possibilidade de que a respectiva violação seja determinada de forma inequívoca (KOZICKI; PUGLIESE, 2017, p.1)”. Essas três soluções para as normas primárias seriam:

A solução para a incerteza é a introdução da norma de reconhecimento, que é a criação de uma norma específica para determinadas características da sociedade, pois acabaria com a dificuldade de saber quais são as regras ou qual o eventual alcance que elas têm. Para Hart é essencial considerar a norma escrita ou inscrição como fonte de autoridade. Resumindo: Uma norma destinada à identificação conclusiva das normas primárias de obrigação. Em um sistema jurídico evoluído as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas, como exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou a sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais. Também há uma hierarquia entre as fontes, ou seja, há uma ordem

de primazia com a subordinação do costume ou do precedente à lei positivada (HART, 2001).

A solução para o caráter estático do regime de normas primárias consiste na introdução das normas de modificação. Esta permite que algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, como exemplo as ideias de promulgação e revogação de leis. Os poderes por elas outorgados podem ser irrestritas ou limitadas e essas normas podem indicar como será a forma de alteração ou quem poderá modificá-las. Segundo o autor:

Tais regras de alteração podem ser muito simples ou muito complexas: os poderes atribuídos podem ser isentos de restrições ou limitados de várias maneiras, e as regras podem, além de especificar quais as pessoas que devem legislar, definir em termos mais ou menos rígidos o processo a seguir na legislação (HART, 2001, p. 105).

A solução para a ineficiência de sua pressão social difusa são as normas de julgamento, que consistem em identificar os indivíduos que irão julgar e, também definir os procedimentos que deverão ser seguidos. Como exemplo, os juízes e a aplicação de sanção. Pois, a ineficiência advém das dúvidas acerca da aplicabilidade de uma referida norma a um caso concreto, bem como de sua extensão e, especialmente, se a regra foi ou não violada no caso concreto e para resolver esse defeito, as normas de julgamento iria definir os julgadores e os procedimentos que os mesmos deverão adotar (HART, 2001).

Portanto, para Hart as regras primárias ou de obrigações impõe obrigações para os indivíduos da sociedade e “adverte que essas regras apresentam falhas quanto àquilo que os indivíduos devem ou não fazer; são incertas quanto à sua aplicação no caso concreto; são estáticas, isto é, lentas e imprecisas, revelando-se ineficazes quando tornam-se alvo da pressão social (BERTASO, 2015, p. 190). Também, para Hart, as normas secundárias seria a solução para os defeitos da incerteza, caráter estático e ineficiência das normas primárias.

No próximo tópico serão estudadas as regras de reconhecimento de Hart.

4 AS REGRAS DE RECONHECIMENTO DE HART

A partir de Hart, “a regra de Reconhecimento soluciona as incertezas das regras primárias, estabelecendo o que seria direito para o caso singular (BERTASO, 2015, p. 190)”. Essas regras de reconhecimento ajudam a complementar as regras primárias em um denominado sistema jurídico.

Hart acrescenta a essas regras secundárias a regra de reconhecimento. Trata-se essa regra um instrumento por meio do qual se pode reconhecer – daí seu nome – outras regras, primárias, como regras jurídicas. É o elemento de reconhecimento de uma norma, qualquer que seja sua natureza, como pertencente ao sistema jurídico em si, como válida (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 102 e 103).

Também se compreende que “possuindo uma existência fática, a regra de reconhecimento varia no tempo e no espaço, dependendo das práticas de indivíduos ou grupos, podendo incluir variados elementos, de natureza formal ou material (NETO; HEINEN, 2010, p. 135)”. Além disso, “a regra de reconhecimento que fornece critérios para que se reconheça a existência de uma regra (PICCOLO, 2011, p. 34)”, ou seja, “a existência da regra de reconhecimento é para Hart, portanto, uma questão de fato e não hipotética (PICCOLO, 2011, p. 36)”.

As regras de reconhecimento ajudam e erradicar as incertezas sobre qual norma realmente deve ser seguida, pois nas normas primárias não há uma norma predefinida para que consiga a certeza sobre o que deve realmente ser seguido pela população. Por isso a necessidade se complementar as normas primárias com as normas secundárias.

Outro fator que também descreve as normas de reconhecimento é a constante busca pela validade de uma regra a ser seguida. Hart explica que “a regra de reconhecimento permite operar com a ideia de validade jurídica, uma vez que passamos a contar com uma regra que opera como regra do sistema (NETO; HEINEN, 2010, p. 134)”. A citação a seguir explica a busca pela validade de uma regra:

A busca pela validade de uma imposição jurídica pode se dar pela procura das regras que a determinaram como impositiva, como existente. A título de exemplo, se se procura saber se um ato normativo de um Prefeito, regulando determinada matéria de determinado modo, é válido, pode-se buscar as regras que lhe atribuíram tal competência – a lei orgânica municipal, a Constituição Estadual ou mesmo a Constituição Federal, tomando por exemplo o ordenamento brasileiro (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 103).

Para Hart “as normas de reconhecimento podem inclusive ser orais ou implícitas, desde que sejam aceitas como tal e estão intrinsecamente ligadas ao conceito de validade, eficácia e legitimidade (SIMIONI; BARBOSA, 2016, p. 161)”. Porém, “em um sistema jurídico mais complexo, como nos modernos, as regras de reconhecimento serão também necessariamente mais complexas (SIMIONI; BARBOSA, 2016, p. 161)”. Também é possível perceber que “Hart segue analisando a regra de reconhecimento, destacando que essa regra – e todas as outras, na verdade – podem ser vistas a partir de um ponto de vista interno ou de um ponto de vista externo (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 103)”.

Quando um enunciado aponta que a manifestação daquele que observa o direito é no sentido de sua aceitação, de seu reconhecimento, há a manifestação da regra de reconhecimento e, portanto, aquela pessoa aceita a norma como válida. É o ponto de vista interno. No outro sentido, quando um observador afirma que consegue identificar que determinado fenômeno em determinada ordem é válido juridicamente – é jurídico, é Direito, tem-se o ponto de vista externo (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 103-104).

A partir do que foi analisado neste tópico é possível compreender “que a regra de reconhecimento é, no pensamento desse autor, o fundamento de validade do conjunto de regras primárias e secundárias a que se pode chamar de um sistema jurídico (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 103-104)”. Ou seja, “a ideia de que a regra de reconhecimento é uma regra última está relacionada ao seu posicionamento como último fundamento de validade de determinado ato (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 104-105)”. A função das regras de reconhecimento é, portanto, fornecer um critério de reconhecimento para a identificação de regras.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo foi analisar as regras de reconhecimento propostos por Herbert Lionel Adolphus Hart em sua obra intitulada: *O conceito de Direito*. Para isso, foram utilizados os métodos bibliográficos e o hipotético-indutivo para responder a seguinte pergunta: quais são as regras de reconhecimento proposta por Hart?

Para a resposta do problema proposto, o tópico 2 analisou as críticas de Herbert Lionel Adolphus Hart ao autor John Langshaw Austin. Além disso, foi abordado como o modelo simples do direito como um conjunto de ordem de um soberano não representa o sistema jurídico moderno. Também foi estudada a ideia que os costumes são criados de modo involuntário e não pela imposição e que de maneira gradual se integram de forma obrigatória na sociedade.

No tópico 3 foram abordadas as normas primárias e as normas secundárias e como esta complementa aquela. Também foram analisados os problemas em decorrência das normas primárias, os quais são a incerteza, o caráter estático e a ineficiência que poderão ser solucionados com a junção das normas secundárias, e para isso foram estudadas a introdução da norma de reconhecimento, introdução das normas de modificação e as normas de julgamento, respectivamente.

Por fim, foram analisados no tópico 4 as regras de reconhecimento de Hart e como essas regras solucionam as incertezas das regras primárias. Além disso, foi demonstrado como as regras de reconhecimento ajudam a complementar as regras primárias em um denominado sistema jurídico. E, também, observou-se ao longo desse tópico que função das regras de reconhecimento é, portanto, fornecer um critério de reconhecimento para a identificação de regras.

REFERÊNCIAS

BERTASO, João Martins. **A regra de reconhecimento em Hart**. ISSN: 2177-1499. Revista Científica Direitos Culturais vinculada ao PPGD da URI, Campus Santo Ângelo/RS, págs. 187-194. 2015. Disponível em: < <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1589/736> > Acesso em: 07 nov. 2019.

BILHALVA, Gabriel Vieira. **A construção do método em O conceito do Direito**. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/131755/000980961.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 07 nov. 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática/** Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias- 4 ed. rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. **A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/seq/n78/2177-7055-seq-78-91.pdf> > Acesso em: 16 nov. 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 348 p.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. **O conceito de direito em Hart**. 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart> > Acesso em: 08 nov. 2019.

MONTEIRO, Jaber Lopes Mendonça. **Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico: uma análise de John Austin, H. L. A. Hart e seus críticos**. 2012. Disponível em: < http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4115 > Acesso em: 08 nov. 2019.

NETO, Arnaldo Bastos Santos; HEINEN, Luana Renostro. **Positivismo e obediência em Herbert Hart**. ISSN-e 2177-7055, Vol. 31, Nº. 61 (Dezembro), 2010, págs. 127-146. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3647948> > Acesso em: 08 nov. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Delage Junqueira de. **Identidade do direito, individualização de disposições jurídicas e o caráter peremptório das razões para a ação: um estudo sobre a teoria dos sistemas jurídicos de Joseph Raz.** Tese de doutorado da PUC Rio. Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=19586@1>> Acesso em: 15 nov. 2019.

PICCOLO, Carla Henriente Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em h. l. a. Hart.** Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06062012-091850/publico/Carla_Henriete_Bevilacqua_Piccolo_ME.pdf> Acesso em: 19 nov. 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BARBOSA, Rodrigo Pedroso. **Regras de reconhecimento e a legitimidade da decisão jurídica em Hart.** ISSN Eletrônico 1982-5269. Revista Debates, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 153-168, set.-dez. 2016. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/69360/39606>> Acesso em: 21 nov. 2019.

**AS DIFICULDADES PARA LEGITIMIDADE DA BARRIGA DE ALUGUEL OU
CESSÃO DE ÚTERO: INCLUSÃO DE FAMÍLIAS HOMOSSEXUAIS E
HETEROSSEXUAIS IMPOSSIBILITADAS DE GERAR VIDA**

Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho¹

Kassia Correia Batista Neves²

RESUMO

A pesquisa buscou apresentar os direitos inerentes ao ser e a constante evolução do direito de família e médico que se vincula com os avanços científicos, tecnológicos e médicos da atualidade, através do método dedutivo com pesquisa bibliográfica. Nesse contexto foi exposto o direito inerente ao ser, sua liberdade corpórea e o seu livre arbítrio de composição familiar que visa introduzi-los no rol de cidadãos passíveis de utilização do método de cessão de útero ou barriga de aluguel. Por fim, a falta de uma legislação causava práticas criminosas que infringem o direito à liberdade e igualdade, e uma grande evasão de brasileiros ao exterior em busca do sonho.

Palavras-Chave: Barriga de Aluguel. Cessão de útero. Casais homossexuais. Direito de Família.

**DIFFICULTIES FOR LEGITIMACY OF SURROGACY OR UTERUS
CESSION: INCLUSION OF HOMOSEXUAL AND HETEROSEXUAL
FAMILIES UNABLE TO GENERATE LIFE**

ABSTRACT

The research sought to present the rights inherent of the being and the constant evolution of family and medical law that is linked to current scientific, technological and medical advances, through the deductive method with bibliographic research. In this context, the inherent right to being, its corporeal freedom and its free will of family composition that aims to introduce them to the list of citizens liable to use the method of cession of womb or surrogate was exposed. Finally, the lack of legislation caused criminal practices that violate the right to freedom and equality, and a great evasion of Brazilians abroad in search of the dream.

Keywords: Surrogacy. Cession. Homosexual couples. Family right.

¹ Professora Pós doutora da graduação e pós graduação da Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGO . Pós Doutora em Direito pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália. Doutora em Psicologia e Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: marinarm1@hotmail.com.

² Bacharel do Curso de Direito pela Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGO, e-mail: kacilda9@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o objetivo é analisar o contexto da omissão legislativa do direito brasileiro ao enquadrar e acompanhar os avanços médicos afim de amenizar as dificuldades humanas ao se tratar da gestação alheia, necessariamente a cessão de útero ou barriga de aluguel. Nesse sentido, será analisada a dificuldade que cidadãos possuem em adquirir seus direitos devido a falta de legislação e amparo jurídico para suas garantias constitucionais e igualdade entre todos.

Tal escolha iniciou-se em decorrência do grande número de casais brasileiros viajarem ao exterior em busca da barriga de aluguel em busca de uma forma de gerar filhos em útero alheio mediante pagamento e celebração de contrato, garantindo todos os direitos e proteção à ambas as partes. Contudo, a enorme evasão é gerada devido a omissão do ordenamento jurídico brasileiro que regule casos de cessão de útero ou barriga de aluguel para casais impossibilitados de gerar devido a problemas de saúde ou impossibilidade física. Desta forma, a medicina brasileira possibilitou a inclusão dos procedimentos de fertilização e gestação, porém excluindo grande parcela de famílias brasileiras.

É notório saber que a Constituição de 1988 declara igualdade entre todos os cidadãos, sendo uma exclusão e preconceito excluir certos tipos de família devido sua composição ou estrutura, salientando pelo reconhecimento de casais homoafetivos e famílias constituídas por um cidadão e não incluídas no rol de admissibilidade.

Desta forma, a fim de analisar os direitos inerentes ao ser e sua inclusão na sociedade brasileira, serão apresentados posicionamentos, possibilidades contratuais, entendimentos, resoluções e exemplificações sobre a barriga de aluguel em outros países, além de demonstrar a competência limitada do Conselho Federal de Medicina.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Evolução da família em âmbito brasileiro

No âmbito familiar, as diversas legislações brasileiras foram o exemplo em mudanças de leis ao tentar se adequar as novas perspectivas da família e da sociedade.

O marco para o início da legislação acerca do direito de família que se instaurou com o Código Civil de 1916, no qual utilizava o modelo de família patriarcal motivado através de moldes religiosos sendo compostos pelo chefe da sociedade conjugal, instituído pelo pai, esposa, sendo a

dona de casa e os filhos, tendo os cuidados pela mãe.

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias, em paradoxo com a sociedade brasileira, formada em sua maioria por uniões informais. Elaborado em época histórica de valores excencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento (...), fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada. (VENOSA, 2009, p. 218)

O início da diversidade familiar instaurou-se com a Constituição de 1988 que proclamava a mulher como parte da entidade familiar, independente de matrimônio e possuía a proteção do Estado. Delineando o novo conceito sobre família, que conforme o artigo 266, utilizou-se de sua composição a igualdade conjugal e o afeto. Constata-se a criação de diversas formas de composição de uma família, dentre elas: a matrimonial, a união estável, monoparental e exclusividade, as famílias homoafetivas e entre diversas outras.

Nessa perspectiva, Silvio Rodrigues (2007) afirma que a Constituição vigente não só deu maior amplitude ao conceito de família como incluiu a família havida fora do casamento, referentes à união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos progenitores e sua descendência, como a família monoparental.

Diferencialmente das legislações anteriores sobre o direito de família que visava proteção de um modelo “exemplar” dominado apenas pelo chefe da sociedade conjugal, a atualidade apresenta como núcleo da notoriedade a felicidade, afinidade e amor entre os seus membros. A família passa a ser um local de disseminação de afeto e concepção, de forma íntima e preservando os interesses individuais do ser quanto a sua liberdade e convívio em sociedade (DIAS, 2008).

Resultado este, que os doutrinadores Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2008, p. 57-58) lecionam:

A família não é mais transpessoal, ao contrário, ela é eudemonística. Portanto, o direito, acompanhando a evolução cultural, aponta para uma norma que se preocupa muito mais com a felicidade de seus membros e, sobretudo, com a possibilidade de sua realização, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, lembra o professor João Baptista Villela que este termo eudemonismo é utilizado e apontado pela sociólogo André Michel, para o modelo que prevalece na cultura atual, esclarecendo aquele professor o seu significado, ou seja, que cada pessoa procura na família sua própria realização, isto é, seu próprio bem estar.

Entendendo que a evolução proporcionou maior liberdade aos cidadãos brasileiros e adequação à sua evolução cultural e social, uma vez a fundação de uma família não se baseia acerca do patrimônio, ocorrendo a elevação de direitos individuais e a equidade diante das normas vigentes no país.

2. REGULAMENTAÇÃO ACERCA DA *FERTILIZAÇÃO IN VITRO*

2.1 Omissão da legislação e sua defasagem

Os avanços tecnológicos na medicina e em inúmeros ambientes científicos demonstraram a eficácia de tratamentos e métodos com intuito de melhorar a vida humana, dentre os diversos problemas de saúde e até mecanismos para o seu aprimoramento e bem estar. Essas evoluções e estudos científicos proporcionaram as técnicas de fertilização que possuíam o intuito de amenizar as dificuldades de fertilização em mulheres, técnica iniciada durante a década de 1970 (FREITAS; SIQUEIRA; SEGRE, 2008).

O intuito era sanar as dificuldades derivadas de problemas como a infertilidade, doenças sexualmente transmissíveis, doenças no útero e até mulheres que não possuíam o útero. Estes avanços proporcionaram o acolhimento de casais heterossexuais, como também os casais homossexuais no intuito de construir uma família por meio de procedimentos médicos, com respaldo no reconhecimento homoafetivo e inclusão na legislação.

O grande questionamento inicia-se na ausência de legislação ou orientação do ordenamento jurídico para delimitar, sanar dúvidas e impor limites acerca deste procedimento. No Brasil ainda não possui uma lei que regulamenta especificamente a cessão temporária do útero ou barriga de aluguel, existe apenas algumas leis e resoluções do Conselho Federal de Medicina regulamentada por normas éticas que orienta em torno do tema.

Dentre as leis que regulamentam acerca do tema é a Lei 11.105/2005 que dispõe sobre a biossegurança nacional quando se trata da reprodução humana, limitando a pesquisa e a terapia com embriões excedentários, proibindo a comercialização do material biológico, a engenharia genética de células, zigotos e embriões humanos, bem como a clonagem humana (MORAES, 2019).

Além, o Código Civil de 2002 aborda somente a possibilidade do reconhecimento

da paternidade em casos de inseminação *post mortem*, estipulado no artigo 1.597, inciso III a V, e não obstante, o reconhecimento da sucessão de filhos, estipulado no artigo 1.609, parágrafo único.

Sendo necessário expor o enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil, que atribui o parentesco civil oriundos de técnicas de reprodução assistida, visto a seguir:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Tornando indispensável salientar que a ausência de legislação não ocorre por inexistência de projetos de lei, devendo ser tratados como possível falta de “importância” e “interesse”. Asseverado na apresentação de três projetos de Lei, dentre eles: Projeto de Lei 3.638/1993; Projeto de Lei 2.855/1997; e Projeto de Lei 90/1999.

Tendo em vista a falta de uma legislação específica, que abranja todos os aspectos relacionados a reprodução assistida, *fertilização in vitro* e a cessão temporária do útero e/ou barriga de aluguel, tais práticas, ocorrem de forma “clandestina” com possibilidades de *lides* judiciais, ônus financeiro, polêmicas sobre o registro civil e frustrações pela impossibilidade de realizar o sonho de constituir uma família, sem o devido amparo legal.

2.2 Resoluções do Conselho Federal de Medicina

As Resoluções do Conselho Federal de Medicina possuem as únicas regulamentações sobre a cessão temporária do útero no Brasil, tais dispositivos foram as resoluções Nº 1.358 de 1992, Nº 1.957/2010, Nº 2.013 de 2013, Nº 2.121 de 2015 e que atualmente, regente, a Nº 2.168 de 2017.

Inicialmente, a primeira Resolução foi concebida em 1992, segundo o artigo “Gestação de Substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade” disciplinou as seguintes práticas:

[...] disciplinou a prática da “doação temporária de útero”, expressão utilizada para referir-se à gestação de substituição. É interessante notar que a utilização da palavra doação (contrato gratuito nos moldes do Direito Civil) revela que o próprio Conselho Federal de Medicina proibiu o ajuste de pagamento pela gestação entre a gestante e os futuros pais da criança. Além disso, ao permitir que clínicas, centros ou serviços de reprodução humana realizassem a técnica, limitou-a aos

casos em que houvesse problema médico a impedir ou contraindicar a gravidez da doadora genética e, ainda, exigiu que a gestante tivesse parentesco até segundo grau com a doadora genética. Na realidade, a doadora genética seria a futura mãe da criança e a gestante somente poderia ser mãe, filha ou irmã da mãe genética e jurídica. Abriu-se, no entanto, a possibilidade de os Conselhos Regionais de Medicina avaliarem outros pedidos de utilização da técnica em gestante que não atendia o requisito do parentesco com a mãe genética até segundo grau. (DE LIMA, DE SÁ, 2018, p.2)

Posteriormente, ocorreu a instauração Nº 1.957/2010 que manteve as mesmas regras que a resolução anterior até a próxima Resolução de Nº 2.013 de 2013 que segundo o mesmo artigo, incluiu a possibilidade de a gestante pertencer à qualquer um dos pais jurídicos até parentesco de quarto grau cível, a limitação da idade da gestante até cinquenta anos e o uso da técnica para casais homoafetivos, reconhecidos como uma entidade familiar em decurso do julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Adiante, a Resolução Nº 2.121 de 2015, impôs normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida afim da preservação da bioética e os princípios éticos a serem seguidos por médicos brasileiros, podendo levar a cassação de seu registro no Conselho e sua impossibilidade de atuação (MORAES, 2019).

Por fim, a última resolução e atualmente vigente, a Nº 2.168 de 2017 considerou a possibilidade de cessão temporária do útero para familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente, possibilitando a mãe, avó, irmã, tia, prima, filha e sobrinha (sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina).

Em síntese nas palavras de Carlos Alexandre Morais (2019, p. 124), as Resoluções do Conselho Federal de Medicina resumem-se em:

Sobre a “gestação por substituição” ou doação temporária do útero, tal técnica é permitida desde que exista algum impedimento, ou seja, seja contraindicada a gestação para a doadora genética por, por exemplo, risco de morte, ou ainda para a união homoafetiva. Deve existir um vínculo de parentesco entre a doadora do material genético e a doadora temporária do útero até o quarto grau; fora desse grupo, o procedimento depende de autorização do Conselho Federal de Medicina. Trata-se de uma “prática” beneficente, uma vez que não pode ocorrer nenhum tipo de remuneração, sendo terminantemente proibido o caráter lucrativo ou comercial. Cabe às clínicas solicitar e conferir toda a documentação exigida.

Assim, a problemática se instaura a partir do negligenciamento da não inclusão de casais não elencados no rol de admissibilidade, onde não possuem tal parentesco e são limitados a averiguação e avaliação do Conselho Federal de Medicina, podendo serem

negligenciados ao tempo de espera e principalmente, ter a possível negação.

A consequência da omissão legislativa e a não inclusão de diversos modelos familiares no quadro de aceitabilidade provoca a evasão de casais brasileiros ao exterior em busca de países que possuem legislação acerca da barriga de aluguel ou, como conhecido e de pouco ibope, a barriga de aluguel de forma clandestina no Brasil devido a proibição de qualquer vínculo oneroso.

2.3 A limitação do Conselho Federal de Medicina para legislar

Inicialmente, deve-se salientar que o Conselho Federal de Medicina e seus Conselhos Regionais são estipuladas no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei N° 7.955/1945 que futuramente foi promulgado com a Lei N° 3.268, de setembro 1957. Em síntese, estipula sobre a composição e regramentos dos Conselhos de Medicina, conforme o artigo 5° e 15°, que em foco baseiam-se em:

Suas principais atribuições estão disciplinadas nos artigos 5° e 15 da Lei n° 3.268/57, e dizem respeito, de modo geral, à organização de seus respectivos regimentos internos; votar e alterar o Código de Deontologia Médica; fixar e alterar o valor da anuidade única, cobradas aos inscritos dos Conselhos Regionais de Medicina; deliberar sobre a inscrição e cancelamento nos quadros dos Conselhos; manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício nas respectivas Região; expedir carteira profissional; fiscalizar o exercício da profissão médica; velar pela conservação da honra e da independência dos Conselhos, livre exercício legal dos direitos dos médicos; promover, por todos os meios a seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exercem; entre outras. (PRESGRAVE; ARAÚJO, 2018, p. 24).

Não obstante, o ordenamento jurídico legisla conjuntamente acerca do exercício da medicina, disciplinado pela Lei N° 12.824/2013 que em seu artigo 7° estabelece a edição de normas para procedimentos de caráter experimental, autorizando ou vedando sua prática pelos médicos em forma de controle e fiscalização, tal como a aplicação de sanções em casos de inobservância.

Em suma, nenhuma das legislações brasileira deliberam ao Conselho Federal de Medicina e aos Conselhos Regionais a capacidade de decidir a respeito da constituição da família e os princípios individuais e familiares previsto na Constituição Federal de 1988. Como visto, o arcabouço jurídico delimita ambas instituições a fiscalizar e instituir normativas acerca de médicos e o seu exercício.

Tal premissa é afirmada diante do artigo “O Contrato de Gestação de Substituição a Título Oneroso no Direito Brasileiro”, que menciona:

Denota-se que o CFM, na qualidade de ente da Administração Pública indireta, não possui competência legislativa, razão que não se atribui às normas por ele instituidas o caráter de norma geral e abstrata. Seus regramentos, bem como o Código de  tica Médico (Resolução CFM não 1.931/2009), são de observância obrigatória apenas aos médicos no exercício de sua profissão, não recaindo sobre os indivíduos e suas liberdades constitucionalmente garantidas. (PRESGRAVE, ARAÚJO, 2018, p. 25).

Concomitantemente, Genival Veloso de França (2014, p. 65-66) clarifica:

Os Conselhos Regionais e Federal de Medicina são, em seu conjunto, órgãos dotados de personalidade jurídica de direito público e forma federativa, por delegação do poder público, conforme estabelecem a Lei n.  3.268/1957 e o Decreto-lei n.  44.045/1958. Goza cada um deles de autonomia administrativa e financeira e tem, como finalidade, disciplinar, fiscalizar e julgar a postura  tica da atividade profissional médica em todo território nacional. Cabe-lhes, assim, zelar, por todos os meios ao seu alcance, pelo melhor desempenho  tico da medicina e dos que a exercem legalmente.

Desta forma, a ausência de lei referente às técnicas de reprodução humana e sua regulamentação por meio de resoluções do CFM promove inúmeros conflitos e insegurança jurídica, inclusive o questionamento acerca do comércio consciente do útero não sustentando-se de justificativas religiosas e  ticas ao impasse em se tratar de um Estado laico.

3. POSSIBILIDADE CONTRATUAL DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

3.1 Contrato de Direito da Personalidade

Inicialmente, para abordarmos a possibilidade de inclusão contratual,   necessário o conhecimento sobre o contrato de direito da personalidade e a existência de um negócio jurídico, uma vez que inicia através da vontade de ambas as partes.

Tal classificação é primordial para a deliberação em novos ambientes passíveis de contratação, sendo admissível existir um negócio jurídico não são com bens patrimoniais, como também existenciais de acordo com sua vontade. Assim, para que exista um contrato   necessário o enquadramento aos moldes do artigo 104 do Código Civil, que declara expressamente o requerimento do agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

O atual objeto passível de negócio diz respeito ao direito de personalidade, direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Sua principal classificação baseia na vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade, englobando a concepção sobre o direito de si.

Rodolfo Pamplona *apud* Pablo Stolze Gagliano (2017, p. 67) conceituam o direito de personalidade como “[...] aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”, usando como embasamento o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 que prevê “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ao enquadrar a lógica do direito individual à possibilidade de atribuição contratual na cessão de útero fica evidenciado sua admissibilidade no momento que a principal característica para realização do negócio jurídico é a celebração da vontade de ambas as partes em concretizar suas pretensões e realizações, em foco, o exercício do direito sobre o próprio corpo da gestante substituta.

Ademais, os princípios fundamentais para a concretização concentram-se na autonomia privada, boa-fé, função social e a justiça contratual, com intuito de proteger a liberdade contratual, impedir vícios, garantir o equilíbrio e por fim, atender os interesses sociais em função da sociedade (LIMA; SÁ, 2018).

O contrato estipulado pelas partes pode dispor de cunho oneroso ou gratuito, contanto que tenha o direito garantido. Direito este que famílias homossexuais heteras e individuais possam ser incluídas no rol de admissibilidade e legitimidade, tendo o embasamento jurídico e licença para adquirir sua prole diante da segurança jurídica e sua inclusão de direitos no ordenamento jurídico.

Deve ressaltar que a possibilidade de remuneração pela cessão de útero é considerada impossível devido a Lei 9.434/97 e a própria Constituição Federal em seu artigo 199, parágrafo 4º que delimita apenas a doação gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, de forma que tal bem não retorna ao doador.

Porém a norma em questão delimita a doação por completo, de forma que tal bem não retorna ao doador. A controvérsia advém do aluguel no período de 9 (nove) meses, desde o início da gestação até o nascimento da criança, limitando a doadora a obter um teor aquisitivo através de seu corpo, negligenciando a sua liberdade e sua livre vontade.

Compreendendo que a partir deste uso temporário, a possibilidade de prestação

pecuniária é facultativa a quem irá ceder, trata-se de uma escolha individual do próprio corpo em prol de sua vontade e interesse.

Neste mesmo pensamento, Maria Berenice Dias (2015, p. 404) complementa:

[...] nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento de inseminação ser pago, e bem pago.

Ao mesmo limiar, Rodrigo Cunha Pereira (2012, online) declara:

O corpo é um capital físico, simbólico e econômico. Os valores atribuídos a ele são ligados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas. Se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. Não seria a mesma lógica a que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerado normal? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço(útero) para que ele seja gerado. Portanto não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito. E não se trata de compra e venda, como permitido antes nas sociedades escravocratas e endossado pela moral religiosa. Para se avançar é preciso deixar hipocrisias de lado e aprender com a História para não se repetir injustiças. É preciso distinguir o tormentoso e difícil caminho entre ética e moral.

Assim, a defasagem legislativa promove uma instabilidade na segurança jurídica, uma vez que a inclusão contratual e a possibilidade de ganho pecuniário acarretaria na reparação da omissão de modo que ocorreria a inclusão de todos os cidadãos que desejam concretizar o sonho através da barriga de aluguel ou a cessão de útero, tendo o livre arbítrio se haverá ou não ganho pecuniário.

3.2 Dos elementos e cláusulas especiais para validade do contrato de gestação de substituição

A validade do contrato inaugura-se a partir dos elementos essenciais para caracterização do negócio jurídico. Ao se tratar do contrato de gestação de substituição, é necessário salientar a imposição e a primordialidade da manifestação de vontade ser comum aos dois agentes, tendo como força motriz a iniciativa e o “querer”. Neste aspecto, surgimento do contrato inicia por meio da declaração de vontade expressa, de forma

escrita e expressa afim de evitar futuras lides.

Deste modo, para a celebração do contrato de barriga de aluguel ou cessão de útero é imprescindível a existência de mais de dois agentes para o negócio jurídico se desenvolver, sendo o(s) genitor(es), a candidata à cessão e o médico juntamente com a clínica responsável pelo procedimento.

Assim, o contrato a ser pactuado se classifica como um contrato coligado, estabelecendo um vínculo entre diversos agentes que visam a mesma finalidade. Ao pensamento de Álvaro Villaça (2019, p. 90), explica da seguinte forma: “os contratos coligados, dois ou mais, guardam sua individualidade própria, sendo várias contratações autônomas, mas ligados por um interesse econômico específico”.

Assim, o primeiro contrato seria entre o(s) genitor(s) e a candidata à cessão, posteriormente do(s) o(s) genitor(s) com o médico e a clínica responsável pelo procedimento e por fim, relação da gestante substituta e a clínica e médico responsável pela execução (LIMA; SÁ, 2018).

A implementação de cláusulas especiais reflete na antecipação e prevenção de lides durante e ao fim do contrato, principalmente a preservação do direito de ambas as partes. Dentre elas, se apresentam: o direito de arrependimento, restrição de liberdade da gestante, impossibilidade da utilização do óvulo da gestante, fixação da filiação ao(s) pai(s) biológico(s) e da irrevogabilidade do consentimento.

Ao se tratar do direito de arrependimento e irrevogabilidade de consentimento, baseia-se na capacidade da candidata ou do(s) genitor(es) em desistir de ter o filho. Tal premissa é integralmente devida, contudo, se a candidata já estiver gestando a criança, deverá a mesma permanecer até o nascimento da criança e os genitores o recebe-lo. Deve salientar que o artigo 420 do Código Civil garante expressamente a possibilidade de arrependimento e como consequência o dever de ressarcir a parte contrária.

Contudo, contrato oneroso sob direito da personalidade, não obrigada o ressarcimento da parte oposta no descumprimento do negócio jurídico, prevalece a liberdade e o livre vontade do agente como foi elencado, cabendo aos genitores assumirem os riscos da possibilidade de insucesso. Ao contrário do contrato de caráter pecuniário, a possibilidade de ressarcimento torna-se aplicável, principalmente com a introdução do artigo 140 do Código Civil, haja vista que ambas as partes detenham o conhecimento dos riscos uma vez que afirmaram o negócio jurídico.

Referente a restrição da liberdade da gestante, propõe a segurança para o feto e para a mulher, tanto para a saúde de ambos quanto ao desenvolvimento da criança. Esta

premissa diz respeito ao período de 9 (nove) meses que compreende ao tempo que o bebê se desenvolve na barriga da cedente, a restrição de liberdade baseia-se na proibição de drogas ilícitas e lícitas, ações e práticas que causam riscos ao feto e até proporcionam o aborto espontâneo.

Nesse entendimento, Arnaldo Rizzardo (2014, p. 443) enaltece da seguinte forma:

A função de gestadora sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais genéticos. Embora não tenha qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela converte-se em prestadora de serviços relativamente aos pais genéticos e ao futuro feto. Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente próprio para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deve assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares, controle nas emoções e abstinência de vícios, como o de fumar.

Por seguinte, a impossibilidade da utilização do óvulo da gestante propõe a segurança jurídica do(s) pai(s) acerca da responsabilidade e filiação. O não uso de material biológico da gestante é pacífico até por estipulações da Resolução N° 2.168/2017, justificado pelo sigilo aos doadores de gametas femininos e masculinos caso contrário a gestante carregaria o próprio filho causando um conflito referente a maternidade.

Posteriormente, quanto ao registro de filiação, cabe ao contrato disciplinar qual procedimento e exemplificar quem são os pais biológicos da criança, estipulando o(s) genitor(es) para a emissão da certidão de nascimento. Tal premissa é essencial por não ter a possibilidade jurídica de tal ato, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente criminaliza conforme o artigo 238 e não obstante, o próprio Código Penal por meio do artigo 242 e 245. Ao entendimento do ECA, Direito Civil e o ordenamento jurídico brasileiro, a mãe biológica é necessariamente quem dá luz a criança, contudo, os avanços tecnológicos mudaram tal premissa a partir da possibilidade de gestação de filho biológico alheio.

Em parecer as atuais técnicas de fertilização *in vitro* o artigo “Do Contrato de Gestação e Suas Implicações Jurídicas” Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo (2017, p. 24), apresentou o parecer 82/201 que elucidou:

A Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo apresentou o parecer 82/201 nos autos nº 2009/104323, em que havia sido negado pelo Cartório de Registro Civil a lavratura de nascimento da criança aos pais biológicos, em um caso de cessão de útero, em que a mulher que cedeu o útero não era a doadora do óvulo. O Corregedor

afirmou que não poderia haver vedação ao procedimento de fertilização *in vitro* em terceira pessoa, como no caso, sendo que os pais biológicos deveriam ter seus nomes lavrados no registro de nascimento da criança, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, e do melhor interesse da criança.

Desta forma, a possibilidade contratual permeia com a preservação do direito de ambas as partes, desde os pais biológicos, a candidata a cessão, o médico e a clínica e não obstante a criança, fruto do contrato.

4. REALIDADE BRASILEIRA ACERCA DOS MÉTODOS DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO

4.1 Atual evasão de cidadãos brasileiros e direito comparado

No Brasil, a omissão legislativa e a necessidade de autorização dos Conselhos Regionais de Medicina provocam uma grande evasão de casais brasileiros ao exterior em busca da barriga de aluguel, principalmente ao rol de cidadãos que não são classificados no polo passível da Resolução N° 2.168/2017.

Assim, casais que possuem a legitimidade de obter a gestação no Brasil pode ter o direito frustrado, tal empecilho decorre da negativa proveniente de avaliação física e psicológica da candidata, além de depender da avaliação psicológica dos genitores, o termo de consentimento e termo da cessão de caráter oneroso.

Atualmente, a grande escape de brasileiros destina-se a países como Estados Unidos da América, Ucrânia, Geórgia e Colômbia. Existe uma grande facilidade na busca da barriga de aluguel que ocorre em uma simples busca na *internet*, no qual oferecem o plano que melhor lhe enquadra e preceitua todas as etapas necessárias para realização do contrato. O obstáculo advém do custo, ultrapassando cerca de US\$ 50 (cinquenta) mil dólares, incluindo pacotes desde a compra dos óvulos, a documentação da criança e todas as despesas médicas da gestante.

Conforme divulgação da empresa “Tammuz” que é especializada em barriga de aluguel, fertilidade, reprodução humana e doação de óvulos. Em sua estimativa, países com a Ucrânia e Georgia variam entre US\$60 (sessenta) mil dólares, não obstante, outras nações como Colômbia e Albânia estabelecem cerca de US\$ 75 (setenta e cinco) mil dólares e por fim, os Estados Unidos, variando de US\$ 110 (cento e dez) mil a US\$130 (cento e trinta) mil dólares (FILGUEIRAS, 2019).

Um dos casos atuais mais notórios da sociedade brasileira ocorreu com o ator Paulo Gustavo e seu marido Thales Bretas em entrevista ao programa “Fantástico”, relatou que adquiriu o sonho de ter filhos através da barriga de aluguel nos Estados Unidos (FANTÁSTICO, 2019) e da mesma forma, a atriz Adriana Garambone e Arthur Papavero que aderiu após complicações médicas que a impossibilitava de gestar a criança (O GLOBO, 2017).

Desta forma, a possibilidade da utilização do direito comparado com intuito de suprir a deficiência legal teria eficácia respeitando as características históricas, socioeconômicas e culturais do Brasil, utilizando as normas aplicadas no estrangeiro como suporte as normas do país respectivo. (MORAES, 2019, p. 124)

Enfim, a evasão não ocorre apenas em casos que não são autorizados pelo Conselho Federal de Medicina, muito deles dão-se em virtude das melhores garantias, oportunidades de escolha de diversas opções de gametas femininos e masculinos, segurança jurídica e a dupla cidadania. Sendo mencionado a utilização de direito comparado com intuito de adequar a evolução social e cultural da nação brasileira, incluindo a barriga de aluguel ou cessão de útero no arcabouço jurídico.

4.2 Realidade diante da clandestinidade

À vista da possibilidade no exterior em adquirir a barriga de aluguel, é notório que tal privilégio restringisse apenas aos casais com grande poder aquisitivo. Contudo, é necessário defender o interesse de cidadãos brasileiros presentes na camada social média e baixa que não possuem capacidade para custear seu sonho em outros países.

Recordando a impossibilidade jurídica, ocorre que no intuito de garantir o sonho de ter um filho, brasileiros procuram de forma ilícita barriga de aluguel em sites e agências clandestinas que contêm preços, contatos e médicos dispostos a praticarem a barriga de aluguel.

A facilidade também em encontrada em redes sociais e meios de comunicação via *internet*, em noticiário “O Tempo” relatou que existem diversos meios de divulgação e mulheres que se oferecem para gestar filho alheio mediante pagamento, os valores variam a partir de R\$ 10 (dez) mil reais, não incluindo as despesas com exames e tratamentos. (OTEMPO, 2017, online)

Segundo o artigo de Douglas Limas Goulart e Rinaldo Pignatari Lagonegro, a barriga de aluguel possui reflexos penais podendo acarretar em processos criminais

devido a infração do Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em seu texto relata:

O primeiro delito a ser cogitado diz respeito ao art. 238, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê punição àquele que “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa.” A pena, no caso, é de reclusão de um a quatro anos, e multa.

[...]

Ocorrendo o registro da criança com indicação falsa da paternidade e/ou maternidade, evento conhecido como “adoção à brasileira” incorrem os envolvidos também no delito previsto no art. 242, do Código Penal, referente à “Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido”. Este crime, nas palavras da Lei, consiste em “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.” A pena, para o caso, vai de 2 a 6 anos de reclusão e multa.

Destaca-se, por fim, que o Código Penal prevê, em seu art. 245, §1º, a possibilidade de punição à mãe biológica da criança que vier a entregar “filho menor a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo.” Dada a necessária demonstração do descrédito moral ou material dos pais contratantes, entendemos que este crime é de difícil aplicação para a hipótese ora analisada. De toda forma, vale lembrar que a pena prevista para este delito, nas hipóteses de lucro, varia de 1 a 4 anos de reclusão e multa (GOULART; LAGONEGRO, 2018, online).

O artigo “Do Contrato de Gestação e Suas Implicações Jurídicas” apresentado no IV Congresso Internacional de Direitos da Personalidade juntamente com V Congresso de Novos Direitos e Direitos da Personalidade relata que:

Existem circunstâncias em que o procedimento ocorre independentemente de interesses pecuniários, envolvendo mãe, sogra, irmã, cunhada, ou uma pessoa amiga. São ditados pela amizade, pela compaixão ou pela mera intenção de aliviar o sofrimento humano de quem não pode gestacionar. Na prática, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem aos seus clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero e serem remuneradas por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados (CARDIN, GORDILHO, 2017, p. 19-20)

Desta forma, a barriga de aluguel ocorre mesmo sem consentimento legislativo e há buscas e ofertas constantes em diversas localidades. A facilidade atrelada à complexidade em fiscalizar tal demanda promove um vasto mercado ilícito de mulheres,

que proporciona a exploração econômica, desregularização e a possibilidade de inúmeros conflitos judiciais.

Entende-se que a clandestinidade ocorre em consequência da negligência legislativa, o mercado ilícito ocorre continuamente mesmo com as suposições de exploração de mulheres pobres. A fala de Caio de Moraes Lago e Valéria Silva Galdino Cardin, demonstra:

Em relação aos defensores da prática alegam que não se trata de venda de criança, mas de remuneração por serviços prestados. Quanto à exploração das mulheres pobres, defendem que essa exploração se dá em qualquer esfera humana. Já se tratando da falta de cuidado das mães substitutas, respondem afirmando que falta de cuidado é comum também em mães que geram para si mesmas (CARDIN, GORDILHO, 2017, p. 23).

Por fim, a inclusão da barriga de aluguel ocasionaria a segurança jurídica de ambas as partes, permitindo a viabilização do contrato jurídico aos moldes de uma lei que determina e esclarece as normativas permitidas e sob quais aspectos são fundamentados. Aderindo à inclusão de todos os tipos de casais e pessoas solteiras que procuram a determinada demanda afim de garantir o sonho de ter filhos afim de concretizar seus objetivos.

CONCLUSÃO

Incontestavelmente, após analisados todos os pontos apresentados no presente trabalho acerca das dificuldades para legitimar a barriga de aluguel ou cessão de útero, tem-se a concretização que o direito brasileiro não acompanha os avanços sociais e tecnológicos em pretextos éticos e religiosos quanto ao tema.

Primordialmente, faz-se claro a liberdade do individual e a igualdade de todos os cidadãos perante a Constituição Federal de 1988 que permite a autonomia pelo seu corpo, o próprio livre arbítrio e principalmente, a vontade

A fim de amenizar e controlar as ações de médicos e estabelecer a “ética” médica, o Conselho Federal de Medicina propôs resoluções acerca da cessão de útero, estabelecendo parâmetros para sua legitimidade e a delimitação para familiares de até quarto grau.

Tal normativa acarreta na evasão de casais brasileiros ao exterior e ao grande aumento de práticas criminosas de barriga de aluguel, haja vista que tal método não é

reconhecido no Brasil, mas realizado de forma clandestina sem nenhum meio de combate. Acarretando em diversas práticas criminais que são previstas no Código Penal, Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Devendo salientar que a defasagem em ambos os códigos é de grande preocupação pois nenhum reconhece a mãe biológica como aquela detentora do material genético e sim, a quem deu à luz.

Desta forma, conclui-se que tal problemática gera a desigualdade social e exclusão de direitos, além do descaso do Estado em legislar acerca do tema. Estas questões acabam gerando clínicas clandestinas, desigualdade social, exploração humana, evasão de brasileiros e, principalmente, a exclusão social de cidadãos impossibilitados de gestar baseado em fundamentos ideológicos arcaicos, éticos que infringem o direito individual e coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adriana Garambone mostra o filho Gael, nascido em barriga de aluguel no Nepal há um ano e meio: ‘Realizada’. O GLOBO, 22 de ago, de 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/adriana-garambone-mostra-filho-gael-nascido-em-barriga-de-aluguel-no-nepal-ha-um-ano-meio-realizada-21724845>>. Acesso em: 1 set 2020.

ARAÚJO, Débora Medeiros Teixeira de; PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO DIREITO BRASILEIRO.** DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea | Campinas. Vol. 1, n. 1. p. 10-32. 2018. Disponível em: <<https://seer.facamp.com.br/seer/index.php/FACAMP/article/view/13>>. Acesso em: 8 ago 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral.** 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 5 mar 2020.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 1 mar 2020.

CARDIN, Valeria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; SANTOS,

Andréia Colhado Gallo Grego. **Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos.** Rev. Bioética y Derecho, Barcelona, n. 35, p. 79-93, 2015. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul 2020.

CJF. **Enunciado 103.** I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 2.168/2017.** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 2 mar 2020.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O preconceito & a Justiça.** 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Porto Alegre: 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FILGUEIRAS, Isabel. **Quanto custa uma barriga de aluguel?.** Valor Investe, São Paulo, 26 de jun, de 2019. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/gastar-bem/noticia/2019/06/23/quanto-custauma-barriga-de-aluguel.ghtml>>. Acesso em: 5 abr 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREITAS, Marcia de; SIQUEIRA, Arnaldo AF; SEGRE, Conceição A M. **Avanços em reprodução assistida.** Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2008, vol.18, n.1, pp. 93-97. ISSN 0104-1282. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822008000100012>. Acesso em: 21 jun 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil,** Volume 6: Direito de Família. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOULART, Douglas Lima; LAGONEGRO, Rinaldo Pignatari Jr. **BARRIGA DE ALUGUEL E DIREITO PENAL.** ADFAS, 29 de mar, de 2018. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2018/03/29/barriga-de-aluguel-e-direito-penal/#:~:text=Este%20crime%2C%20nas%20palavras%20da,anos%20de%20reclus%C3%A3o%20e%20multa.>>. Acesso em: 14 jul 2020.

LAGO, Caio de Moraes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do contrato de gestação e suas implicações jurídicas.** In: Congresso Internacional De Direitos Da Personalidade, 4., E Congresso De Novos Direitos E Direitos Da Personalidade, 5., 2017, Paraná. Anais do IV Congresso Internacional de Direitos da Personalidade/V Congresso de Novos Direitos e Direitos da Personalidade, Paraná, 2017, p. 17-25. Disponível em: <<https://onedrive.live.com/?authkey=%21AJdgszbSFR8Z2Oo&cid=B6EDB449D9498698&id=B6EDB449D9498698%2176834&parId=B6EDB449D9498698%2170708&o=OneUp>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire. **GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO: ENTRE AUTONOMIA E VULNERABILIDADE**. v. 3 n. 4 (2018): Direito e Liberdades.

MATTOS, Litza. **Mulheres faturam até R\$ 120 mil alugando barriga no Face**. O TEMPO. Disponível em: < <https://www.otempo.com.br/brasil/mulheres-faturam-ate-r-120-mil-alugando-barriga-no-face-1.1508319> >. Acesso em: 1 set 2020.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Paulo Gustavo apresenta os filhos, Romeu e Gael: ‘a gente renasceu’. FANTASTICO, 6 de out, de 2019. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/7979833/>>. Acesso em: 1 set 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. In Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, de 24/10/2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital> . Acesso em: 5 set 2020.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família: volume 6**. 28. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9 Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

ARTETERAPIA: UM DEBATE SOBRE A O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO E SUA LEGISLAÇÃO NO BRASIL

Simone Figueiredo Rocha¹

RESUMO

Em suas particularidades, o indivíduo especial aflora sua sensibilidade, a socialização e a descoberta de seu mundo interior fazendo uso da Arteterapia, que é uma importante ferramenta no Atendimento Educacional Especializado. Este trabalho, elaborado a partir de revisões bibliográficas, discute a fundamentação legal da Educação Inclusiva, tendo como referência a preocupação do Legislador na criação de leis, traz um breve relato da história da Arteterapia criada a partir da preocupação que a Dra. Nise da Silveira teve com seus pacientes, e apresenta a aplicabilidade da arte como forma terapêutica no Atendimento Educacional Especializado. Deste modo, cabe ressaltar a importância de se criar novos espaços, primordialmente com destaque para a vivência expressiva do aluno especial e demonstrar também o papel do docente na era contemporânea, enquanto sujeito que não somente ensina, mas também aprende em suas práticas.

Palavras-Chave: Legislação. Educação inclusiva. Acolhimento.

ART THERAPY: A DEBATE ON SPECIALIZED EDUCATIONAL SERVICE AND ITS LEGISLATION IN BRAZIL

ABSTRACT

In his particularities, the special individual touches on his sensitivity, socialization and the discovery of his inner world using Art Therapy, which is an important tool in Specialized Educational Assistance. This work, elaborated from bibliographic reviews, discusses the legal foundation of Inclusive Education, having as reference the legislator's concern in the creation of laws, brings a brief account of the history of Art Therapy created from the concern that Dr. Nise da Silveira had with her patients, and presents the applicability of art as a therapeutic form in Specialized Educational Assistance. In this way, it is worth emphasizing the importance of creating new spaces, primarily with emphasis on the expressive experience of the special student and also demonstrating the role of the teacher in the contemporary era, as a subject who not only teaches, but also learns in his practices.

Keyword: Legislation. Inclusive Education. Host.

INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Unig (previsão de conclusão em 2024), Especialista em Atendimento Educacional Especializado pela Unicesumar (2020), Especialista em Arteterapia pela FACIBA(2020), Especialista em Gestão Educacional Integrada: Administração Escolar, Supervisão de Ensino, Orientação Educacional e Inspeção de Ensino pela Faculdade Afonso Cláudio (2011), Especialista em História da Cultura Afro-Brasileira pela Faculdade de Tecnologia e Ciência (2010), Especialista em Gestão Estratégica e Qualidade pela Universidade Cândido Mendes (2003). Licenciatura Plena em História pela Unicesumar (2019), Licenciatura Plena em Artes Visuais pela Unigranrio (2008). Graduada em Administração pela UNIABEU (1996).

Já em épocas pré-históricas a arte esteve presente como manutenção de comunicação, anseios e modos de vida daquela população. As imagens rupestres carregam toda a subjetividade da representação de um universo que muitas vezes não pode ser compreendida por estudiosos de nosso tempo.

Até hoje, a arte apresenta nobre papel na formação cultural da sociedade. Não há civilização sem expressão artística. Ora presentes em Museus e Galerias, em outros momentos as diversas linguagens artísticas como, por exemplo, a música, dança, teatro configura o fazer artístico de forma terapêutica. Afinal, as linguagens artísticas citadas podem favorecer a socialização, o desenvolvimento, e o criar em si durante o desenvolvimento da criatividade.

A Arteterapia pode ser utilizada como instrumento de diagnóstico e tratamento. Agindo como estímulo, ela busca favorecer a expressão de sentimentos que podem estar desorganizados na essência do indivíduo. As modalidades expressivas da Arteterapia desenvolvem no ser humano o autoconhecimento, favorecendo assim sua relação com a sociedade onde está inserido.

A lei 13146/15 institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. De que maneira as ações em Arteterapia propostas pela Dra. Nise da Silveira favorecem a inclusão social e cidadã durante o Atendimento Educacional Especializado que oportunamente é objetivada pela referida legislação?

Irei analisar o uso da Arteterapia durante o Atendimento Educacional Especializado e sua Legislação no Brasil. Coletar informações sobre métodos utilizados no Atendimento Educacional Especializado em pessoas ditas "especiais" durante o Século XX. Construindo uma análise legislativa a respeito da inclusão e a regulamentação da profissão de Arteterapeuta. Pesquisa o uso da Arteterapia no Atendimento Educacional Especializado no decorrer do Século XXI.

Este trabalho será realizado através de metodologia qualitativa tendo em vista análise bibliográfica de documentos legais que garantem o processo de inclusão. Neste sentido usarei os seguintes documentos: Constituição Federal de 1988 – por assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] o bem-estar, a igualdade e a justiça; Declaração de Salamanca de 1994 – que visa reconhecer a necessidade da educação para crianças, jovens e adultos com necessidades educacionais especiais; Lei de Diretrizes e Bases (LDB 9394/96) - por estabelecer que a educação especial deve compor todos os

níveis da educação; Decreto 3956/2001 – por buscar eliminar formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência; Projeto de Lei 3416-A - que visa a regulamentação para a profissão de Arteterapeuta. Também analiso alguns procedimentos adotados pela Dra. Nise da Silveira e que permeiam o trabalho no Atendimento Educacional Especializado.

O aluno da educação especial apreende, mas é fundamental que ele receba propostas de atividades que atendam suas especificidades. A narração poética de Nise da Silveira tem, neste sentido, a densidade de um saber afetivo, ainda de acordo Walter Benjamin (1983, p. 66) que escreveu: "somente uma memória abrangente permite à poesia épica apropriar-se do curso das coisas, por um lado, e resignar-se, por outro, com o desaparecimento dessas coisas, com o poder da morte". Neste sentido, o presente artigo proporciona um debate sobre a importância de uma base legal para o processo de inclusão, a seguir o contexto da Arteterapia, seu uso durante o Atendimento Educacional Especializado e a importância da regulamentação da Arteterapia.

1. LEGISLAÇÕES QUE GARANTEM O PROCESSO DE INCLUSÃO

Muito se tem discutido acerca da humanização no atendimento de pessoas portadoras de síndromes ou doenças neurológicas. De maneira vanguardista, nos anos 50 a Dra. Nise da Silveira iniciou atividades com doentes do Centro Psiquiátrico do Engenho de Dentro, proporcionando com a Arteterapia uma nova metodologia com consequentes e significativos avanços no tratamento e acolhimento dos internos. A deficiência ocasiona impedimento físico, mental e intelectual impedindo seu portador do convívio comum à sociedade. Neste sentido, torna-se importante identificarmos a presença de uma base legal que possa assegurar o processo de inclusão.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada após denso contexto histórico e trouxe inovações e ampliação de direitos e garantias individuais suprimidos durante o Regime Militar. Esta Carta Magna proporciona um senso comum para construção de um país mais imparcial e correto.

Com um tratamento jamais visto na história do Brasil, os Direitos Fundamentais ocorrem com total respeito e passam a ter garantia jurídica com podemos perceber em:

Nos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que, de uma forma prévia parecia nortear o pensamento das ações do próximo século no tocante à inclusão:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988)

Com caráter inovador e garantia imediata dos direitos fundamentais, a Constituição aborda uma gama de valores nunca antes vigente em nossa legislação. Os destaques acima permeiam o amparo aos ditos “diferentes” e que nos Século XXI podemos carinhosamente nomeá-los como especiais.

Em 1994 ocorre a Conferência Mundial de Educação Especial, tratada por Declaração de Salamanca de 1994 que reconhece a necessidade da educação para crianças, jovens e adultos com necessidades educacionais especiais, como podemos observar em:

[...] Reconhecendo a necessidade e urgência do providenciamento de educação para as crianças, jovens e adultos com necessidades educacionais especiais dentro do sistema regular de ensino e reendossamos a Estrutura de Ação em Educação Especial [...] toda criança tem direito fundamental à educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem, toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas, [...] Uma pedagogia centrada na criança é benéfica a todos os estudantes e, conseqüentemente, à sociedade como um todo. (MEC - DECLARAÇÃO DE SALAMANCA, 1994, p.1)

Como podemos observar nos pequenos fragmentos acima, a Declaração de Salamanca já trata da especificidade de cada criança e a característica desta abordagem proporciona grande diferencial no Atendimento Educacional Especializado (AEE). Afinal o trabalho de um AEE deve ultrapassar os muros da escola e presentear ao indivíduo uma sociedade onde possa acolher sua especificidade.

Com objetivo de normatizar a educação, há a criação da Lei de Diretrizes e Bases - LDB 9394/96 que estabelece a igualdade de condições e a educação especial passa a coexistir em todos os níveis do ensino. Os profissionais de Atendimento Educacional Especializado que primam pela inclusão destes alunos, inclusive em seus aspectos sociais, políticos e econômicos, podem utilizar a Arteterapia como processo do processo inclusivo. Alguns artigos são de extrema valia para melhor compreensão da abrangência da LDB 9394/96. No Título II – Dos Princípios e Fins da Educação Nacional: “Art. 3º O

ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...] IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância.”

Desta maneira, podemos analisar a preocupação que o Legislador teve ao tratar a igualdade, acessibilidade e tolerância como alguns dos princípios norteadores da educação. Conceitos abrangentes e de extrema importância para a formação cidadã e para a sociedade como um todo.

Para a promulgação da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ocorre o Decreto Nº 3.956 que se compromete em seu Artigo III a:

1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;

b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência;

c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência. [...] (BRASIL – DECRETO Nº 3.956, 2001)

O homem é fruto de seu contexto histórico que também é notório no desenvolvimento da Legislação Inclusiva. Acima percebemos que a acessibilidade é parte da importância da Convenção, buscando a equidade. Certo é, o trabalho constante que cada membro da sociedade deveria concretizar em suas diárias atribuições, afim de efetivamente fazer valer a ação legal.

A lei 13146/15 institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência que, em seu Artigo 1º assegura a promoção de condições, como vemos em:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (BRASIL – LEI Nº 13146, 2015)

Esta lei possui em sua íntegra vários aspectos sobre acessibilidade e processo de inclusão. Em seu Artigo 9º há abordagem quanto à prioridade do atendimento, no Artigo 14º estão asseguradas medidas para habilitação e reabilitação. Em seu Capítulo XI, o Direito à Educação:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (BRASIL - LEI Nº 13146, 2015)

No sentido do artigo acima, percebemos a importância do Atendimento Educacional Especializado afim de garantir a possibilidade da perfeita inserção da pessoa com deficiência.

1.1 Arteterapia

O termo Arteterapia é comumente utilizado para designar o uso da pintura, música, dança, teatro ou qualquer outra forma de expressão artística com fim terapêutico (CARVALHO, 1995 apud REIS, 2014).

A Associação Brasileira de Arteterapia, prima pelo trabalho com apoio na comunicação cliente profissional e a produção realizada será fundamentalmente em prol da saúde, buscando a qualidade de vida por seu abrangente campo de atuação. E, com esta mesma preocupação, a o Projeto de Lei nº 3.416-A tramita para assegurar ao Arteterapeuta o amparo legal para suas práticas. A Arteterapia encontra aplicações diversas podendo ser utilizada para avaliar, prevenir, tratar e reabilitar, itens que serão vistos no próximo capítulo no uso da Arteterapia durante o Atendimento Educacional Especializado.

Assim, a área atuação da Arteterapia tem sido ampliada para além do contexto clínico, agindo também no aspecto educacional. Ainda sob o prisma de uma abordagem gestáltica em Arteterapia conforme configura no livro *The Gestalt*. Conforme define Rhyne:

A experiência gestáltica de arte, então, é o seu eu pessoal complexo fazendo formas de arte, envolvendo-se com as formas que você está criando como fenômenos, observando o que você faz, e, possivelmente, espera, percebendo por meio de suas produções gráficas não apenas como você é agora, mas também modos alternativos que estão disponíveis para que você possa se tornar a pessoa que gostaria de ser (THE GESTALT, 2000, p.44)

E, neste sentido, com o pioneirismo da Dra. Nise da Silveira, a Arteterapia tornou-se um instrumento de atuação escolar e organizacional afim de produzir a análise de um contexto dentro abordagem da saúde por possibilitar e favorecer a expressividade. Ela age diretamente no aspecto emocional. Como apresenta

Costuma-se dizer que o Museu de Imagens do Inconsciente se constituiu desde o princípio como um núcleo de pesquisa da esquizofrenia – núcleo liderado por sua criadora que, em última análise, utilizou a expressão plástica como um meio de acesso à interioridade dos esquizofrênicos e levou ao conhecimento do grande público as obras de seus pacientes. Essa caracterização é realista. (FRAYZE-PEREIRA, 2003)

O uso da Arte como forma terapêutica é um verdadeiro caminho que possibilita e norteia a expressividade subjetiva do ser humano, tendo como elemento chave o fazer artístico.

Traumas, conflitos emocionais, disparidades das relações sociais, identidade pessoal, coletividade são aspectos que podem ser observados e analisados a partir da prática artística realizada em Arteterapia, pois esta se desenvolveu através da abordagem da Psicanálise, Junguiana e Gestalt. E para Jung, uma palavra ou uma imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto e imediato (CARVALHO, 1995 apud REIS, 2014).

A Arteterapia pode ser promovida de forma transdisciplinar tendo em vista que o desenvolvimento humano não ocorre de forma isolada e que portadores de síndromes diferentes possuem suas especificidades. A proatividade do Século XXI tem apresentado o ser humano como um eterno buscador pela arte do possuir. No entanto, a fragilidade do homem mostra-se cada vez mais evidente em suas lutas diárias. Nesse contexto, a Arteterapia, ao estimular a criatividade pode proporcionar a reestruturação do equilíbrio emocional, contribuindo assim de forma subjetiva; assim, possibilitando a transformação ao recuperar o “si mesmo”. Como Miller (1997) assinala o quanto é difícil a oferta de acolhimento para com os filhos é para aqueles pais que não receberam isso em suas infâncias. E, sendo assim, a proposta da Arteterapia: o desenvolvimento em seu contexto social.

Na década de 1940, insatisfeita com a hostil metodologia usada em métodos de tratamento e inspirada pelos estudos de Carl Jung, a Dra. Nise da Silveira foi vanguardista na aplicação de terapia ocupacional no Centro Psiquiátrico Nacional de Engenho de Dentro, atual Instituto Municipal Nise da Silveira, onde trabalhava. (CCMS – Centro Cultural do Ministério da Saúde – Adaptado)

As atividades lúdicas eram usadas no tratamento de doenças psíquicas. Com este novo procedimento, seu trabalho ganhou força por usar a arte para dar expressividade àqueles que conviviam com suas narrativas internas. Na década de 1950, a Dra. Nise da

Silveira escreveu para Carl Gustav Jung e a incentivou a criar mostras das obras dos pacientes esquizofrênicos. Em 1952 é criado o Museu do Inconsciente. Como resultado deste trabalho, surge a mostra a "A Arte e a Esquizofrenia", ocupando cinco salas no "II Congresso Internacional de Psiquiatria", realizado em 1957, em Zurique e a Dra. Nise da Silveira introduz e divulga a psicologia junguiana no Brasil. Na década de 1970 é criado o primeiro curso de Arteterapia na PUC. Em 1981 a Dra. Nise da Silveira escreve seu livro "Imagens do Inconsciente" e na década de 1990 o primeiro curso de pós-graduação em Arteterapia no Rio de Janeiro.

Desta maneira, as atividades em Arteterapia proporcionaram a inclusão social e cidadã, preocupação muito recorrente durante o Atendimento Educacional Especializado. Nesta situação, a Educação Inclusiva caracteriza a escola que não nomeia crianças em função de suas especificidades orgânicas, culturais ou sociais. Valorizando, desta maneira, a diversidade que deve estar presente de forma fundamental em seu projeto político-pedagógico e currículo e em cujas ações proporcionem o desenvolvimento de seus alunos.

O debate e envolvimento das instituições de ensino e das políticas públicas devem facilitar condições para que a escola seja um verdadeiro nascedouro de trocas e de respeito.

Durante o Atendimento Educacional Especializado para Pessoas com Deficiência Visual, o uso da Arteterapia ao manipular materiais como argila, poderá proporcionar a investigação da linguagem visual através do tato. Desta forma, ocorrendo também a integração do grupo. Acreditando que pessoas com Deficiência Intelectual tem grande potencial, a Arteterapia pode ser utilizada na construção de objetos cujo processo estimule o desenvolvimento cognitivo e social dos envolvidos. O uso de Arteterapia durante o Atendimento Educacional Especializado para Pessoas com Surdez pode facilitar seu convívio e comunicação. Ação muito oposta ao que era preconizado na década de 80 e, como explica Skliar (1997, p. 109), as abordagens educacionais não foram decisivas na argumentação para a alternativa da metodologia mais adequada aos surdos:

[...] a Itália ingressava um projeto geral de alfabetização e, deste modo, se tentava eliminar um fator de desvio linguístico – a língua de sinais –, obrigando também as crianças surdas a usar a língua de todos; por outra parte, o Congresso legitimava a concepção aristotélica dominante, isto é, a ideia da superioridade do mundo das ideias, da abstração e da razão – representado pela palavra – em oposição ao mundo do concreto e do material – representado pelo gesto –; por último, os educadores religiosos justificavam a escolha oralista, pois se relacionava com a possibilidade confessional dos alunos surdos [...]. (SKLIAR, 1997, p. 109)

É admissível que alguns alunos necessitem de maiores intervenções, contudo, a interação é necessária ao desenvolvimento. A aprendizagem só ocorre quando os indivíduos constroem seus conhecimentos através da interação com o meio e com os outros, numa inter-relação constante entre fatores internos e externos. (VYGOTSKI, 2001).

A Arteterapia pode contribuir de forma efetiva e afetiva para o desenvolvimento da pessoa possibilitando que cada um encontre sua potencialidade e sua importância única frente a vida. E para ajudar, os recursos da Arteterapia poderão, através do lúdico, estimular e transformar estes alunos.

1.2 A Arteterapia Durante o Atendimento Educacional Especializado

O profissional do Atendimento Educacional Especializado (AEE) tem como principal atribuição identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos, terapêuticos e de acessibilidade que eliminem ou minimizem as barreiras para a integral participação dos alunos, considerando suas especificidades, conforme podemos observar em:

O atendimento educacional especializado - AEE tem como função identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas. (MEC, 2008)

O uso do papel como suporte artístico ou meio para construção do fazer terapêutico em dobraduras, pinturas, recorte, colagem e muitos outros proporciona ao aluno o processo de recriar. Ao utilizar a reciclagem de papel, o AEE trabalha a conscientização do meio ambiente e a reconstrução ao transformar o velho em novo. Desta maneira, proporciona ao aluno especial a integração a uma nova postura de sua essência. Também podemos compreender por aluno especial, aquele portador de altas habilidades/superdotação:

Para o atendimento às necessidades específicas relacionadas às altas habilidades/superdotação são desenvolvidas atividades de enriquecimento curricular nas escolas de ensino regular em articulação com as instituições de educação superior, profissional e tecnológica, de pesquisa, de artes, de esportes, entre outros. (MEC, 2008)

Durante a utilização de colas, o processo de adesão vai permitir agregar, unir e juntar numa valorização do sensorial com o sensível, em uma linguagem subjetiva da

cola. Assim o aluno poderá se sentir capaz de controlar e transmitir suas ideias e emoções através de suas produções.

Desde crianças o emprego do contorno à forma é comumente utilizado e, ao explorar esta técnica, o aluno poderá criar expressivamente o que proporcionará oportunas descobertas. Estes materiais são instrumentos de extrema importância expressiva.

A fluidez e expansão das emoções com as tintas favorecem o ultrapassar as barreiras internas dos sentimentos e emoções. Deste modo, é vultoso saber das alterações corporais, que condiz ao conhecimento do ser e de sua evolução. Damásio (2011) diz que:

Se uma emoção é um conjunto das alterações no estado do corpo associadas a certas imagens mentais que ativaram um sistema cerebral específico, a essência do sentir uma emoção é a experiência dessas alterações em justaposição com imagens mentais que iniciaram o ciclo (DAMÁSIO, 2011, p.175).

As atividades propostas em Arteterapia pelo Atendimento Educacional Especializado torna-se de extrema importância, visto o campo de ação ser rico e com grande expectativa de expansão para o desenvolvimento dos alunos especiais.

1.3 A PL 3.416-A e a Regulamentação da Arteterapia

Tendo em vista a preocupação do Legislador quanto a importância da regulamentação da profissão de Arteterapeuta, tramita o Projeto de Lei nº 3.416-A, de 2015:

Art. 2º Arteterapeuta é o profissional que se utiliza dos recursos expressivos de artes visuais, música, dança, canto, teatro, literatura, como elementos capazes de favorecer o processo terapêutico das pessoas, buscando o autoconhecimento, a autoexpressão, o desenvolvimento humano, a criatividade, a prevenção e a reabilitação de doenças mentais e psicossomáticas. (BRASIL, PL Nº 3.416-A)

A Arteterapia é uma metodologia terapêutica que trabalha com recursos simbólicos que visam à interligação intrínseca e extrínseca do indivíduo. Apesar de ser uma arte livre, está amplamente conectada ao procedimento terapêutico em si, não configurando uma expressão artística, mas sim um método de comunicação entre o profissional da Arteterapia e seu paciente.

O processo terapêutico com uso das ferramentas em Arteterapia proporciona resultados em certa brevidade de tempo. Ela visa instigar o crescimento interior, criando novos horizontes, ampliando a consciência intrínseca do indivíduo, sobre sua existência o que se torna notório em suas práticas de artes terapêuticas. O Psicólogo Clínico Liomar

Quinto Andrade, em livro de sua autoria *Terapias Expressivas*, define a relação entre a Arte e o fazer Terapêutico:

- a) a expressão artística revela a interioridade do homem, fala do modo de ser e visão de cada um e seu mundo. Esse ato revela um suposto sentido, e cada teoria e método em arte-terapia e terapia expressiva se apodera desse ato diferentemente
- b) por intermédio desse fazer arte, expressar-se, o terapeuta pode estabelecer um contato com o cliente possibilitando a este último o autoconhecimento, a resolução de conflitos pessoais e de relacionamento e o desenvolvimento geral da personalidade (ANDRADE, 2000, p.18 apud REIS, 2014, p 148).

A falta de preocupação com o fazer estético e sim a espontaneidade da expressão simbólica através do uso de linguagens visuais como pintura, modelagem, colagem, expressões corporais e outras, fundamenta uma narrativa que toca o cerne do ser humano. Neste sentido, ao contrário da Arte Educação que ensina a arte e sua história, a Arteterapia tem como objetivo fim proporcionar transformações psíquicas, desenvolvimento da consciência, resolução de conflitos emocionais, autoconhecimento e o aperfeiçoamento pessoal e de personalidade. Gaston Bachelard (1991), define a relação do material utilizado em Arteterapia com o processo construtivo:

Assim a matéria nos revela as nossas forças. Sugere a colocação de nossas forças em categorias dinâmicas. Dá não só uma substância duradoura à nossa vontade, mas também esquemas temporais bem definidos à nossa paciência [...]. A matéria recebe de nossos sonhos todo um futuro de trabalho; queremos vencê-la trabalhando, Desfrutamos de antemão a eficácia de nossa vontade. [...]. É impossível ficar distraído, ausente, indiferente, quando se sonha uma matéria resistente nitidamente designada. (BACHELARD, 1991, p. 19)

Certamente, a Arteterapia, colaborará cada vez mais para a melhoria da qualidade de vida do indivíduo do século XXI.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo debater a importância das práticas Arteterapêuticas durante o Atendimento Educacional Especializado em indivíduos especiais. Destacou-se que a Arteterapia pode ser inserida no AAE com objetivo

primordial do desabrochar as habilidades daqueles envolvidos, assim como a importância do Projeto de Lei nº 3.416-A, de 2015.

Os recursos e estratégias devem sofrer adaptações e adequações para atender as particularidades do aluno com deficiência a fim de proporcionar o seu acolhimento de maneira digna onde ocorra a construção de uma escola onde a diferença possa coexistir.

Como podemos perceber, a Arteterapia incide ter uma função de ampla autoridade, favorecendo a inclusão social e cidadã no Atendimento Educacional Especializado, ao priorizar com sua base legal, o tratamento do indivíduo como um todo. Neste sentido, é oportuno que o AEE exista em todas as escolas e que a educação inclusiva ocupe sua real importância na vida de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, L. Q. Linhas teóricas em arteterapia. In: CARVALHO, M. M. M. J. de Carvalho (Org.). **A arte cura? Recursos artísticos em psicoterapia**. Campinas, SP: Editorial Psy II, 1995.

BACHELARD, G. **A terra e os devaneios da vontade. Ensaio sobre a imaginação das forças**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BRASIL, Planalto. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em** < [http://www .planalto .gov. br/ccivil_03 /constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL, Planalto. **DECRETO Nº 3.956 DE 8 DE OUTUBRO DE 2001. Disponível em** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL, Planalto. **LEI Nº 9.394 DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Disponível em** < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL, Planalto. **LEI Nº 13.149 DE 6 DE JULHO DE 2015. Disponível em** < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL, Câmara, **PROJETO DE LEI Nº 3.416-A DE 2015**. < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1671098>. Acesso em 29 nov. 2020.

DAMÁSIO, António R. **E o Cérebro Criou o Homem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FRAYZE-PEREIRA, João A. **Nise da Silveira: imagens do inconsciente entre psicologia, arte e política**. Brasília: Scielo, 2003.

<http://www.ccms.saude.gov.br/nisedasilveira/apresentacao.php>. Acesso em 29 de nov. 2020.

MEC, MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURAL. **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA**. 1994. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>> Acesso em: 03 ago. 2020.

MEC, MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURAL. **DIRETRIZES OPERACIONAIS DA EDUCAÇÃO ESPECIAL PARA O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO NA EDUCAÇÃO BÁSICA**. 2008. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=428-diretrizes-publicacao&Itemid=30192> Acesso em: 08 jan. 2021.

MILLER, Alice. **A verdade liberta**. São Paulo: Martins Fonte, 2004.

REIS, Alice Casanova dos. **Arteterapia: a arte como instrumento no trabalho do Psicólogo**. *Psicol. cienc. prof.* [online]. Vol.34, n.1. Brasília: Scielo, 2014.

RHYNE, J. . **Arte e gestalt: padrões que convergem** (M. B. P. Norgren, trad.). São Paulo: Summus, 2000.

SKLIAR, C. (org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. Porto Alegre: Mediação, 1998.

VYGOTSKI, L. S.. **A construção do pensamento e da linguagem**. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: LEGALIZAÇÃO DO
INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Yanka Soares Pereira Falcão Ferreira¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar que os avanços biotecnológicos proporcionam o domínio do homem sobre a criação e a morte, ocasionando o prolongamento da vida a qualquer custo não respeitando os princípios da dignidade humana e da autonomia. Assim, iniciando a defesa da prática das Diretivas Antecipadas de Vontade que buscam assegurar aos pacientes que as suas vontades sejam respeitadas, por meio de um documento confeccionado previamente. No momento em que o indivíduo se encontra consciente e autodeterminado, manifestando antecipadamente sua vontade quanto aos procedimentos médicos que gostaria ou não de ser submetido, caso se encontre em estado terminal. Analisa também a não inclusão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, sendo somente amparado pela resolução nº 1995/2012 do CFM, onde tem o objetivo de preservar o paciente terminal, assim como o profissional. Verifica a diferença entre eutanásia, ortotanásia e distanásia, esclarecendo que não há conexão das mesmas com o instituto em análise. Observa que o Instituto em estudo preza pelo respeito aos princípios fundamentais da CF/1988 que é o da dignidade da pessoa e da autonomia descrevendo-os respectivamente no artigo apresentado. Faz um estudo jurisprudencial com uma repercussão positiva em relação a possível inclusão do tema na legislação brasileira. O acolhimento do instituto na legislação lusitana, colaborando para influência do mesmo no Brasil. Por último, o esclarecimento da responsabilidade civil do médico diante ao descumprimento da manifestação de vontade do paciente.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de vontade, Dignidade da Pessoa Humana, autonomia do paciente, ordenamento jurídico brasileiro, paciente em estado terminal.

**ADVANCED DIRECTIVES OF WILL: LEGALIZATION OF THE INSTITUTE
IN BRAZILIAN LEGAL ORDER AND MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY**

ABSTRACT

This article seeks to analyze that the biotechnological advances provided a dominion of the human beings over the creation and death, bringing on the extension of life at any cost, not respecting the principles of human dignity and autonomy. Thus, initiating the defense of the Advance Directives of Will that pursue to ensure the respect of the desire of the patients through a document previously elaborated. At the time an individual finds itself conscious and self-determined, and earlier manifests its will about the medical procedures it wants or not to be submitted if it's in terminal stage. It also analyzes the non-inclusion of the institute in the brazilian legal order, which is only supported by the

¹ Graduada em Direito pela Universidade Iguauá - UNIG.

resolution number 1995/2012 of the Brazilian Federal Medical Council, that aims to preserve the terminal stage patient, and the professional as well. It also verifies the difference between euthanasia, orthothanasia and dysthanasia, clarifying that there is no connection among them and the institute under analysis. In addition, it observes that the Institute values the respect for the fundamental principles of the CF/1988, which comes to the dignity of the human person and autonomy describing them in the presented article. It also makes a jurisprudential study with a positive repercussion related to a possible inclusion of the topic in Brazilian legislation. The reception of the institute by the Portuguese legislation collaborates as an influence for the same in Brazil. Finally, the explanation of the medical civil responsibility in face of noncompliance of the manifestation of the patient's will.

Keywords: Advanced Directives of Will, Dignity of the Human Person, patient autonomy, Brazilian legal system, terminal stage patient.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade com enfoque na legalização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade civil médica, uma vez que a legislação brasileira não contempla com uma norma específica sobre o assunto.

A temática se justifica na intenção da validade e aplicação das Diretivas Antecipadas de Vontade no direito brasileiro e a necessidade na criação de uma legislação pelo Poder Legislativo. A relevância dessa temática se dá porque prevê um documento legal que expressaria escolha prévia dos pacientes em condições terminais, quanto aos procedimentos médicos que querem ser submetidos ou não, respeitando sempre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o da autonomia da vontade.

Apresentamos como questões norteadoras desse trabalho os questionamentos mais frequentes no âmbito do instituto analisado. A primeira é a maneira com que os profissionais da saúde lidam com os casos de pacientes em estado terminal com a possível implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade, assim a hipótese central a essa questão fundamentou-se em uma pesquisa feita com médicos e enfermeiros, realizada de outubro a dezembro de 2014 pela Universidade Federal – RS do curso de enfermagem, constatando que a maioria sentiu dificuldade e desconforto ao abordar a terminalidade do paciente, onde sempre se justificam querendo prosseguir com tratamentos inúteis e degradantes, ao invés de dialogar sobre os procedimentos/tratamentos que o paciente em estado terminal gostaria ou não de se submeter. O reconhecimento e aceitação da terminalidade pelos profissionais e conseqüentemente a comunicação dessa situação ao

paciente e aos familiares do paciente, gera grandes desafios, não sendo fácil para o profissional respeitar a decisão do paciente em final de vida como a escolha da própria morte, já que muitos profissionais não aceitam a morte. Assim constituiria fatos limitantes a implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade, além de favorecerem a obstinação terapêutica. (COGO, et al., 2016)

A segunda questão versa sobre os motivos que médicos e enfermeiros tem receio das implicações legais das Diretivas Antecipadas de Vontade, desta forma o receio ligado as implicações gerais, seria um fator determinante e limitante a prática do instituto pelos enfermeiros, médicos e cuidadores familiares no contexto hospitalar, pelo fato de no momento não ter lei específica que trate sobre o assunto, tendo somente o respaldo da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, sendo algo ainda muito vago e que causa muita insegurança aos profissionais de saúde, pois a maioria acredita na possível responsabilização pelo simples fato de respeitar a vontade do paciente terminal. (COGO, et al., 2016)

Deste modo o objetivo geral deste artigo é analisar os aspectos jurídicos que envolvem os profissionais de saúde que lidam com pacientes em estado terminal e verificar as implicações legais das Diretivas Antecipadas de Vontade, desempenhados através de análises bibliográficas com a leitura e estudos de publicações que tratem da implementação de aspectos normativos e conceituais relacionados ao tema. Também foi feita uma análise qualitativa através de estudos jurisprudenciais que reconheceram a validação do instituto em questão por estar em consonância com a Constituição Federal, sempre respeitando os princípios da dignidade da pessoa e a autonomia, assim como o que preceitua a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

1. HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Esse tema surgiu através de uma evolução biotecnológica que ocorreu principalmente no final do século XX e início do século XXI, que possibilitou o surgimento de questões que na época eram inimagináveis. Possibilitou grande avanço das biociências, mas originou muitas polemicas, as quais requerem minuciosa análise ética e jurídica, pois a ciência médica só conseguirá alcançar seus objetivos se a sua aplicação não violar os direitos fundamentais. A revolução biomédica possibilitou o prolongamento da vida, contudo nem sempre com qualidade, porque dependendo do ponto de vista de pacientes muitas vezes a dilatação da vida é sinônimo de sofrimento e dor, que também é

agravada e passada para amigos e familiares que ficam na expectativa de uma possível melhora ou cura que não se sabe ao certo se poderá existir. (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

Assim a autonomia do paciente vem tendo cada vez mais relevância e influência nas decisões médicas, grande parte dos profissionais acatam as vontades dos pacientes, quanto aos tratamentos médicos aos quais querem se submeter, ao invés de optarem por tratamentos desumanos e ineficazes, baseados na busca desenfreada pela salvação minimamente possível. (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

Procurando proteger a autonomia do paciente, por meio de uma garantia legal do cumprimento de sua manifestação de vontade e tentando inibir práticas desumanas frequentes de prolongamento da vida, em 1967, os Estados Unidos da América com a Sociedade Americana para Eutanásia propôs o testamento vital, onde o paciente versaria sobre a interrupção de tratamentos médicos considerados excessivos. No entanto somente em 1991 foi aprovada nos EUA a primeira Lei Federal que reconhece o direito à autodeterminação do paciente, servindo para os Estados Federados elaborarem leis mais específicas. (RABELO, 2016)

No Brasil, as primeiras manifestações relacionada aos direitos e a autonomia dos pacientes, especificamente quanto ao Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade, surge o projeto de lei nº 524/2009 proposto pelo Senador Gerson Camata, dispendo sobre o direito da pessoa que se encontra em estado terminal, no que diz respeito a tomada de decisões, limitações ou suspensão de procedimentos terapêuticos, paliativos e mitigadores do sofrimento, além de prevê requisitos indispensáveis para criação e validação das Diretivas Antecipadas de Vontade, utilizando vários conceitos sobre a bioética que envolvem a terminalidade da vida, conceitos esses que são muitas das vezes interpretados de forma errada. O referido projeto teve sua tramitação encerrada, com decisão de arquivamento, onde o ultimo local registrado foi datado em 14/04/2015 na secretaria de arquivo. (SENADO FEDERAL DO BRASIL, s.d.)

Relacionado ao assunto das Diretivas Antecipadas de Vontade foram propostos mais quatro projetos de lei sendo eles respectivamente: Projeto de lei nº 79 de 2003, Projeto de lei nº 101 de 2005, Projeto de lei nº 103 de 2005 e o Projeto de lei do Senado nº 149 de 2018 proposto pelo Senador Lasier Martins, que é o mais atual de todos que ainda não foi votado e sua matéria está com a relatoria, onde foi entregue dia 08/05/2019 e sua ementa estabelece a possibilidade de toda pessoa maior e capaz declarar, antecipadamente, o seu interesse de se submeter ou não a tratamentos de saúde futuros,

caso se encontre em fase terminal ou acometido de doença grave ou incurável. Em pesquisa de opinião feita no site oficial do próprio Senado Federal 73% dos votantes são a favor e 3% contra o tema exposto. (SENADO FEDERAL DO BRASIL, s.d.)

Apesar dessas tentativas de regulamentação do tema pelo Poder Legislativo, atualmente, não existe uma previsão expressa em lei que possibilite ao paciente terminal escolher quais procedimentos médicos gostaria ou não de se submeter. Essa ausência legal pode gerar uma errada criminalização da conduta do médico que somente respeita a vontade do enfermo em estado terminal, mas o Ministério Público alega que esses profissionais praticam os crimes previstos nos artigos 121, 122 e 135 todos do código penal. (RABELO,2016)

O Conselho Federal de Medicina, tendo o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana e a autonomia do paciente, assim como o resguardo do profissional que aceita essa predeterminação de vontade, editou a Resolução 1995/2012. O documento diz quando, como e de que forma o paciente poderá escolher quais os procedimentos médicos que devem ou não ser utilizados no seu tratamento. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Essa Resolução mencionada, foi destaque ao introduzir de forma específica e detalhada sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade no ordenamento jurídico, que ajudou no convencimento das decisões jurisprudenciais referentes a esses casos, mas de uma certa forma essa Resolução se dá apenas no âmbito da atuação moral e ética da medicina. Assim não há uma lei que dê uma segurança jurídica a esses médicos que aceitam essas predeterminações de seus pacientes em condições terminais e acabam ficando com medo de aceita-las, pela possibilidade de serem culpados de praticar eutanásia, que é ato ilícito considerado pelo nosso Código Penal brasileiro e além de serem culpados igualmente de forma errada a uma responsabilidade civil que em tese seria a reparação de danos causados a outra pessoa, no caso estudado contribuir com a morte do enfermo e causar uma insatisfação por parte dos familiares e amigos, direcionando esses casos ao judiciário pelo conflito de ideias e tornando difícil o convencimento do juiz pela falta de legislação propiciando uma série de decisões distintas sem certeza do que é realmente correto. (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

2. EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA

São termos referentes ao término da vida a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia. A eutanásia refere-se a também chamada “morte piedosa”, sendo a prática de abreviação

da vida, onde o paciente sabendo ter uma doença incurável solicita ao médico ou a terceiro que o mate, com o objetivo de evitar sofrimentos como dores físicas e psicológicas, decorrentes do desenvolvimento da doença. A referida prática é categorizada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 122 do Código Penal. (RABELO, 2016, p.21-22)

Enquanto a ortotanásia versa sobre a morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento, é a ausência de aparelhos e medicamentos que tem a finalidade de prolongar a vida de forma artificial e fútil, além do que seria o processo natural, essa pratica vem sendo entendida como possível pela legislação brasileira, assim o médico não é obrigado a submeter o paciente a distanásia para cumprir protocolo, podendo portanto suspender procedimentos e tratamentos extraordinários garantindo apenas os cuidados necessários para aliviar as dores respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal. (RABELO, 2016, p.21-22)

Por último, a distanásia consiste na chamada “futilidade médica”, sendo a conduta pela qual tudo deve ser feito, mesmo que o tratamento seja inútil e cause sofrimento ao paciente, dessa forma esse procedimento visa retardar o processo de morte. (RABELO, 2016, p.21-22)

A diferenciação das modalidades de término de vida é importante para que ocorra um entendimento mais claro do que são as Diretivas Antecipadas de Vontade, não sendo as mesmas uma forma de instigar a prática de eutanásia no Brasil, já que é considerado crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, e muito menos incentivar o prolongamento da vida através de procedimentos e aparelhos artificiais, que ferem a dignidade da pessoa humana um dos maiores princípios elencados na Constituição Federal. O objetivo é que os médicos e familiares respeitem a vontade do paciente de morrer no momento em que ele ache devido, esclarecendo a necessidade de realização das Diretivas Antecipadas de Vontade para que a decisão do paciente em estado terminal seja respeitada. (RABELO, 2016, p.21-22)

3. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: MANDATO DURADOURO E TESTAMENTO VITAL

Diretivas Antecipadas de vontade é um termo utilizado para se referir a manifestação de vontade do paciente em estado terminal formado por duas modalidades.

A primeira modalidade é o Mandato Duradouro, que é uma espécie de procuração, sendo a nomeação de uma pessoa de confiança do outorgante, que deverá ser consultado pelos médicos, se for necessário tomar decisões a respeito de tratamentos ou tirar dúvidas sobre o Testamento Vital, e sempre decidirá com base na vontade do paciente terminal. (TESTAMENTO VITAL, s.d.)

A segunda modalidade diz respeito ao Testamento Vital que deve ser feito por uma pessoa que tenha discernimento e capacidade civil, com o objetivo de discorrer sobre os tratamentos, cuidados e procedimentos que deseja ou não ser submetido, em casos de estado terminal, sem possibilidade terapêutica curativa e impossibilitado de manifestar a sua vontade, devendo assim esse documento ser redigido com a ajuda de um médico de confiança do paciente em estado terminal, tendo o mesmo somente o papel de orientar sendo imparcial para que prevaleça a vontade do paciente, também recomendável o conselho de um advogado para que as disposições do documento não seja contrária a lei brasileira. (TESTAMENTO VITAL, s.d.)

3.1 Dignidade da pessoa Humana

O objetivo do princípio da dignidade da pessoa humana é assegurar ao homem direitos mínimos que devem ser respeitados pelo Estado e pela sociedade, que deve sempre valorizar e preservar o ser humano. (RABELO, 2016)

A conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana parte do ponto em que considera uma propriedade do indivíduo, independentemente da efetivação na área jurídica, já que trata da renúncia do Estado diante do particular, mantendo a obrigação de impedir quaisquer atos que possam violar o seu cumprimento. (PROVIN; GARCIA, 2013)

O dogma que diz respeito a direitos absolutos foi quebrado, já que a Constituição Federal prevê exceções ao ciclo da vida. Assim o direito à vida não é absoluto devendo respeitar os princípios da dignidade da pessoa e da autonomia. Desta forma, o Estado não pode obrigar alguém a permanecer vivo, uma vez que atribui um dever e não um direito ao indivíduo, mas deve usar de todos os instrumentos para proteger os direitos fundamentais, havendo sempre um equilíbrio entre eles. (PROVIN; GARCIA, 2013)

Os princípios da dignidade da pessoa e o do direito à vida devem coexistir na vida humana, mas quando um se desprende do outro ocorre a quebra do equilíbrio. Muitas vezes continuar o ciclo da vida de alguém de forma inútil, acaba por desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, quando por exemplo a mesma já não habita o

corpo, ou seja, seu subconsciente já se desprende da matéria restando apenas um corpo inútil para se apegar e servir de consolo. Desta forma o direito a morte também está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que todos devem ter direito a uma morte digna, assim como a vida enquanto durar. (PROVIN; GARCIA, 2013)

As Diretivas Antecipadas de Vontade são um instrumento adequado para manter a proteção da dignidade da pessoa humana nos últimos momentos de vida para que a equipe médica, familiares e amigos do paciente estejam confortados com a decisão prévia dos procedimentos a serem adotados, que devem ser respeitados uma vez presente os requisitos legais, pois é evidente que configura uma violação quando são utilizados tratamentos ineficazes, nos casos de irreversibilidade do quadro clínico do paciente, isto é, o prolongamento artificial da vida, gerando sofrimento para o paciente considerado por muitos uma vida sem dignidade. Por mais preciosa que seja a vida, ela se torna vazia de sentindo se não for digna e não houver um mínimo existencial de qualidade assegurado a ela. E nesse momento que se questiona até que ponto é constitucional em transformar o direito à vida em dever de viver. A dignidade da pessoa humana é um princípio previsto no artigo 1, III da Constituição Federal. (RABELO, 2016, p.41-43)

3.1 Autonomia

Percebe-se o avanço da autonomia pessoal nas últimas décadas conferindo ao paciente o direito de ser informado, de escolher o tratamento entre os disponíveis e a consentir ou recusar um procedimento. A autonomia é complexa e para ser configurada precisa ser analisada duas condições fundamentais, sendo a primeira a capacidade da pessoa de agir conscientemente e a segunda se relaciona a autodeterminação, ou seja, a não influência controladora sobre o indivíduo que poderia afetar as suas escolhas. (COGO, et al., 2016)

O princípio da autonomia está fundado e ligado na dignidade da pessoa humana. Respeitar a autonomia da pessoa é reconhecer que cada indivíduo possui direito de escolha quanto ao seu destino, conforme o seu plano de vida, valores e convicções, mesmo quando estes divergem dos valores dos médicos ou do soberano da sociedade. Afinal, cabe ressaltar que o corpo, o sofrimento, a dor, a doença são próprias da pessoa e violar a autonomia da mesma significa trata-la como objeto e não como ser humano constituído de sentimentos. (MELO, 2018)

O princípio da autonomia vem mudando a atuação médica no que diz respeito a tomada de decisões relacionadas a vida, onde antes os médicos entravam em uma jornada

constante contra o tempo, utilizando de todos os meios possíveis e impossíveis para manter a vida do indivíduo, mas agora essas decisões devem ser pautadas no respeito a autonomia do paciente, onde os mesmos devem por exemplo escolher os procedimentos que querem ou não ser submetidos. É importante destacar que esse respeito a vontade do paciente é muitas vezes de difícil entendimento para o grupo médico, já que a raiz histórica de atuação desses profissionais sempre foi a de manutenção da vida a qualquer custo. (RABELO, 2016)

A autonomia privada é abrangida como um princípio constitucional implícito previsto no artigo 5 da Constituição Federal. Deste modo deve haver respeito a manifestação de vontade do paciente em estado terminal do que o mesmo considera ser uma “vida boa”, caracterizando a autonomia da pessoa. Assim esse princípio é amparado constitucionalmente, está presente nas Diretivas Antecipadas de Vontade, logo, esse novo documento deve ser protegido e realizado no ordenamento jurídico brasileiro já que obtêm tutela constitucional. (RABELO, 2016)

4. LEGALIZAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM PORTUGAL

Na Europa as Diretivas Antecipadas de Vontade estabelecem uma prática comum em muitos países, apesar de a sua aceitação e legalização não serem tão frisadas quanto no Estados Unidos da América. (OLIVEIRA, 2014)

Entretanto, a relação entre Portugal e Brasil nasceu a partir de 1532, onde os Portugueses fixaram a sua primeira colônia no Brasil. A partir desse momento os laços entre os dois países foi se intensificando cada vez mais, principalmente no mundo jurídico e com a chegada das revolucionárias Diretivas Antecipadas de Vontade, sendo Portugal um dos influenciadores para a legalização do instituto no Brasil. Em Portugal o debate sobre a legislação do Instituto começou apenas em 2006 através de um projeto de lei, contudo a lei foi aprovada somente em 2012, estabelecendo o regime das Diretivas Antecipadas de Vontade, designa a forma de Testamento Vital, a possibilidade de nomeação de um procurador de saúde e a criação do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV) (OLIVEIRA, 2014).

Portugal foi signatário do Convenio de Oviedo que foi ratificado no país pela Revolução da Assembleia da Republica nº 1/2001, mas a falta de uma legislação específica tornava difícil o cumprimento do que era disposto no Tratado. Assim pela ausência de lei lusitana, a Associação Portuguesa de Bioética (APB), criou dois

documentos para auxiliar o povo português quanto o previsto no artigo 9º da Convenção de Oviedo, referente aos desejos prévios do paciente que deverão ser respeitados caso o mesmo esteja em situação que não consiga expressar sua vontade, em relação a intervenção médica que será feita no momento desta incapacidade. (RABELO, 2016)

Entretanto a Associação Portuguesa de Bioética (APB) elaborou dois documentos. O primeiro foi o parecer P/05/APB/06, versando sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, denominadas por testamento do paciente, inicialmente por este parecer, elucidando o que é o instituto, narra os casos que serviu de fundamento para o surgimento nos Estados Unidos da América, diferencia as Diretivas Antecipadas de Vontade, analisa as mesmas, exclusivamente os casos que envolvam Testemunhas de Jeová que se recusam a fazer a transfusão de sangue e expressam essa recusa através do instituto. (RABELO, 2016)

O segundo documento é um projeto de Diploma P/06/APB/06, também elaborado pela Associação Portuguesa de Bioética, que serviu para regulamentar o artigo 9º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, sendo a fundamentação retirada da Constituição da República Portuguesa nos artigos 1, 25, 26, 27 e 41 respectivamente, que trata da dignidade da pessoa humana, os direitos a integridade pessoal e o desenvolvimento da personalidade. Outro argumento utilizado é o da autonomia do paciente previsto na Lei de Bases de Saúde, onde a mesma diz que o paciente tem o direito ao acesso de todas as informações do seu quadro de saúde, dos tratamentos possíveis e de uma possível evolução do seu estado, assim temos o respeito a autonomia do paciente, onde ele dirá os procedimentos que estará disposto ou não a se submeter. Vale lembrar que a proibição de intervenções e tratamentos sem consentimento do paciente foi retirado do artigo 156 do código penal português. (RABELO, 2016).

Portugal no ano de 2012 aprovou uma Lei nº 25, determinando a necessidade de registro das Diretivas Antecipadas de Vontade perante um escrivão, através do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). Nesse registro não há obrigação de presença de testemunhas e a indicação de médicos que tenham ajudado na formação do documento é facultativa, mas requer a autorização desses profissionais. Em prejuízo da natureza revogável do instituto, Portugal instituiu que após o transcurso de 5 anos o documento deverá ser renovado, se o paciente quiser permanecer com a sua vontade, as mesmas deveram se adaptar aos avanços tecnológicos da medicina, diminuindo significativamente as chances da redução da vida útil do registro. (MELO, 2018)

De acordo com um estudo realizado em 2016 pela Universidade Católica Portuguesa em parceria com a Associação Portuguesa de cuidados Paliativos, informaram que com a criação do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV) foram inscritos 1.454 testamentos. Todavia 78% dos portugueses não sabem para que servem esses documentos, onde apenas 1,4% da população tinha manifestado a vontade de realizar uma Diretiva Antecipada de Vontade. Os dados demonstram que além da criação de uma lei e da criação de modelos de testamentos é necessário que tenha participação popular por meio da publicidade das informações para que esses documentos sejam inseridos dentro da realidade social. (MARTINS, 2015)

O modelo português de Diretivas Antecipadas de Vontade foi muito criticado por juristas portugueses, por não esclarecer que os documentos que compõe esse instituto são os de manifestação de vontade do paciente em fim de vida, baseando-se no princípio da autonomia da vontade, dando o entendimento que qualquer um que queira negar algum tipo de tratamento ou procedimento possa utilizar esse tipo de instrumento. (DADALTO, 2016)

Além disso a lei nº 25/2012, apresentou uma confusão, pelo fato de descrever as Diretivas Antecipadas de Vontade como sendo o Testamento Vital, quando na verdade não são. Alguns autores ainda criticam que doenças degenerativas (alguns tipos de câncer, diabetes etc) não poderiam ser passíveis do preenchimento do referido documento e a inclusão de sedação paliativa, como uma forma de medida a ser completamente aceita pelo fato de que nenhum médico poderia se negar a realizar sedação em paciente que esteja em procedimento paliativo por questões éticas. (DADALTO, 2016)

Portanto, em Portugal o tema ainda é muito recente e ainda há um longo caminho a percorrer, por um lado a questão educacional e a sensibilização da população lusitana em relação a terminalidade de vida e por outro lado em questão de organização e agilidade na aplicação da lei, assim como a publicidade das informações, buscando sempre prover a maior dignidade e serenidade possíveis nos casos que vierem a surgir. Deste modo, todas essas críticas presentes no modelo português de Diretivas Antecipadas de Vontade são de essencial observação para criação da legislação específica do instituto no Brasil, servindo de exemplo para que os legisladores não cometam os mesmos erros e tornem a redação de texto mais completa e de melhor entendimento tanto para os profissionais de saúde, quanto para a população, através da publicidade de informações. (OLIVEIRA, 2014)

5. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade começou a ser abordado no Brasil no ano de 2012 com a criação da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, mais ainda causa muita insegurança jurídica para aqueles que a instituem, assim como aqueles que as executam, sejam eles médicos, uma vez que o referido instituto não possui legislação específica. (VINCENZI; PROVIN, 2018)

Como já mencionado anteriormente no estudo deste artigo as Diretivas Antecipadas de Vontade são expressadas através da combinação de dois importantes documentos que é o Testamento Vital e o Mandato Duradouro, que deixam esclarecidos a necessidade de ser respeitada a autonomia de vontade do paciente, mas o médico tem muita dificuldade de respeitar essa vontade que acaba sendo agravada pela posição de entendimento contrária a família do adoentado. (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013)

Observa-se que médico e paciente constituem uma relação horizontal, onde ambos precisam garantir a efetivação máxima dos direitos fundamentais. Em especial o previsto no artigo 22 do Código de Ética Médica, dizendo que o médico como cumpridor das Diretivas antecipadas de Vontade, tem o dever de respeitar a autonomia da vontade do paciente em estado terminal, que apresente o seu consentimento livre e esclarecido. Além disso, o artigo 1 do Código de Ética Médica reforça o que já está escrito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, deixando claro que o médico responde subjetivamente pelos danos causados ao paciente, sejam eles feitos por ação ou omissão. (VINCENZI; PROVIN, 2018)

A omissão do médico que atende a livre e espontânea vontade do paciente ou de seus representantes legais não poderá ser abominável, justamente por não existir nenhuma intenção na finalidade morte, já que neste caso o médico exerce uma atividade de meio, caracterizando a amenização da agonia ligada a um sofrimento inútil. Desta forma os tratamentos paliativos servem como uma forma de diminuir ou controlar a dor existente, mas que a partir do laudo emitido esse tipo de esforço não trará nenhuma possibilidade de cura da doença, prolongando ainda mais o sofrimento do enfermo e colocando em jogo sua dignidade humana. (BARROSO; MARTEL, 2011)

Ademais, o médico que descumpre as Diretivas Antecipadas de Vontade responde por uma responsabilidade subjetiva caracterizando uma obrigação de resultado, se

verificados os pressupostos da responsabilidade sejam eles: conduta, nexos de causalidade, dano e culpa. (VINCENZI; PROVIN, 2018)

A conduta como primeiro pressuposto se configura a partir do momento que o médico descumpra com o instituto que foi manifestado pelo paciente, sendo desta forma omissa pelo fato de desobedecer um dever imposto contratualmente e legalmente, configurando a responsabilização civil, pelo desrespeito aos princípios da autonomia e da dignidade humana. Essa responsabilização a qual se refere viola a Constituição Federal, o Código Civil e os demais diplomas internacionais que protegem os direitos feridos. O segundo pressuposto que é o nexos de causalidade se configura através da relação do dano sofrido pelo paciente e o descumprimento do instituto por parte do médico. O terceiro pressuposto é o dano que se caracteriza a partir da lesão psicológica do paciente em não poder exercer a manifestação de vontade, sendo obrigado a ser submetido a tratamentos inúteis que não irá ocasionar a sua cura e ainda irá aumentar o seu sofrimento. (VINCENZI; PROVIN, 2018)

Por fim, o último pressuposto é a culpa como elemento subjetivo, devendo ser analisada a voluntariedade do resultado danoso do médico, em havendo fica configurada a culpa “em sentido amplo”, devendo analisar a negligência, imprudência e imperícia. Embora, não tendo intenção de praticar o dano configura-se a culpa “em sentido estrito”, assumindo o risco pela produção do dano. Deve ainda analisar se o dano era ou não previsível, tendo que ser comprovada a conduta do médico que ofendeu com a de outro médico nas mesmas circunstâncias, se a atuação for contrária ficará configurada a responsabilidade pela omissão cometida pelo profissional. (VINCENZI; PROVIN, 2018)

6. A PRESENÇA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Tribunal Gaúcho julga um recurso de Agravo de Instrumento de nº 70065995078, proposto pela entidade hospitalar com decisão transitada em julgado, negando provimento a autorização de procedimento cirúrgico. O caso específico versa sobre a situação de um paciente, homem que precisava realizar uma cirurgia na cavidade abdominal, conhecida como laparotomia, em que os médicos alegavam que se não fosse feita com urgência causaria a morte do paciente devido a situação grave em que se encontrava. Ocorre que o paciente se recusava a entrar no centro cirúrgico manifestando a vontade de não querer realizar o procedimento, embora a esposa do adoentado discordasse. (MASSAROLI; FABRO, 2017)

Assim o magistrado manteve a decisão de primeira instância de forma monocrática e negou provimento ao recurso de Agravo de Instrumento, fundamentando sua decisão na lucidez e consciência do adoentado, tendo capacidade total de entendimento da situação grave em que se encontrava e das consequências da não concordância de realização do referido procedimento, reconheceu também no julgamento a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, deixando claro que o direito à vida não é absoluto, pelo simples fato de caracterizar um direito e não um dever com caráter de imposição, devendo sempre respeitar a dignidade da pessoa humana. (MASSAROLI; FABRO, 2017)

O caso apresentado demonstra o reconhecimento das Diretivas Antecipadas de Vontade pelo Poder Judiciário da forma mais completa, garantindo sem sombra de dúvidas o direito a dignidade e autonomia, por ser uma manifestação de vontade de forma verbal, mas que foi configurada como Testamento Vital através de prontuário médico, mesmo estando em leito hospitalar e a presença da segunda modalidade do instituto que é o Mandato Duradouro, onde a madrastra do paciente se manifestou em nome do mesmo subscrevendo termo de compromisso. Desta forma, com a presença das duas modalidades que constitui as Diretivas Antecipadas de Vontade, eximindo o corpo médico de qualquer tipo de responsabilidade, pois os mesmos não feriram o código de ética, sendo resguardados pela Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, pelo fato do paciente apresentar recusa ao procedimento e está em perfeitas condições mentais. (MASSAROLI; FABRO, 2017)

Portanto como já havia sido adotado pelo tribunal gaúcho e assim se manteve, o reconhecimento da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa tanto nos casos de incapacidade do paciente, quanto o mesmo esteja lúcido consciente acerca de seu estado de saúde, como exemplo há ainda duas Apelações Cíveis que tratam sobre o referido assunto.

A Apelação Civil de nº 70042509562, versando sobre uma paciente mulher com quadro severo de descompensação secundária e insuficiência renal, edema agudo de pulmão, sendo representada primeiramente pelo seu neto que foi informado da necessidade de se realizar uma hemodiálise, em seguida o representante foi substituído pelo filho respeitando as regras de sucessão, onde o mesmo respeitou a decisão da mãe que se recusou a realizar o procedimento. O hospital entrou com uma ação para autorizar o procedimento, que foi negado em primeira instancia, recorrendo ao Tribunal, que manteve a negativa, sendo motivado pelos princípios da dignidade e da autonomia,

levando em consideração que o desejo de ter a “morte no seu tempo certo” para evitar sofrimentos deve ser respeitados, já que a ortotanásia é aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sendo resguardado pelo antiga Resolução nº 1.805 do Conselho Federal de Medicina que versa sobre ortotanásia. (MASSAROLI; FABRO, 2017)

Assim como, a Apelação Civil de nº 70054988266, versando sobre um idoso de 79 anos que se encontrava em estado crítico como emagrecimento sucessivo e anemia profunda, resultante do direcionamento da corrente sanguínea para lesão tumoral, incorrendo na necessidade de amputar um membro inferior, podendo causar sua morte se o procedimento não fosse realizado. O paciente apresentou recusa ao procedimento influenciando o corpo médico a buscar ajuda do Ministério Público para ingressar com uma demanda judicial. A demanda foi negada em primeira instância recorrida ao Tribunal que manteve a negativa fundamentando sua decisão na manifestação de vontade do paciente através de laudo psicológico que comprovava ter plena capacidade mental e reforçando que o Estado não pode invadir o corpo de ninguém e impor a realização de um procedimento, assim respeitando o princípio da dignidade da pessoa. (MASSAROLI; FABRO, 2017)

Os casos jurisprudências mencionados, entre outros, apontam a aprovação as regras do Testamento Vital e das Diretivas Antecipadas de Vontade, assim como a ampla possibilidade de aceitação pelos Tribunais de Justiça, tendo uma repercussão na maioria das vezes positiva em relação a inclusão do tema no ordenamento jurídico brasileiro. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.)

CONCLUSÃO

Conforme já abordado, as Diretivas Antecipadas de Vontade surgiram a partir dos avanços biotecnológicos, fazendo com que os profissionais de saúde alcancem a permanência da vida a qualquer custo mesmo se utilizarem de procedimentos ou tratamentos inúteis e degradantes.

Portanto, se faz necessário o surgimento do Instituto em questão que tem o objetivo de respeitar a vontade do paciente em estado terminal, cabendo aos médicos e familiares acatarem essa decisão, que pode ser feita pelo próprio paciente conscientemente ou por um procurador de saúde. A declaração antecipada de vontade concilia com os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, principalmente a dignidade da pessoa e a autonomia, sendo um instrumento válido no

ordenamento jurídico brasileiro para preservar o paciente terminal de tratamentos desumanos.

Cabe ressaltar que o medo existente pelos médicos de uma possível responsabilização tanto criminal, quanto civil pelo cumprimento do instituto em estudo e pela sociedade leiga é encarado de uma forma errônea, por ser um documento que simplesmente respeita a declaração de vontade do paciente de querer uma morte digna tendo a consciência que aproveitou o melhor da vida enquanto durou, diferente da ortotanásia, distanásia e principalmente da eutanásia que é um ato ilegal no Brasil.

Entretanto pode-se defender a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil, mesmo sem a existência de legislação específica, devido as especificidades formais e matérias, além da influência de modelos internacionais já legalizados como o modelo lusitano e das análises jurisprudenciais que reconheceram a validação do mesmo por estar em consonância com a Constituição Federal e respaldado pela Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Desta forma, devendo ser analisado a necessidade de aprovação de uma lei que a normatize com o objetivo de evitar polêmicas, dar segurança jurídica aos profissionais de saúde e possibilitar sua eficácia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, n. 40, p. 103-139, 2011.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 524 de 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3402704&ts=1559262000645&disposition=inline> Acesso em: 12/09/2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773?o=t> Acesso em: 12/09/2019.

COGO, S; et al. Desafios da Implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade a Prática Hospitalar. *Revista Brasileira de Enfermagem* [online]. Vol 6, n 6, pp 1031-1038. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-71672016000601031&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em: 22/08/2019

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. [online]. 31 agosto 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf Acesso em: 12/08/2019.

DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e francês. Revista M. v.1, n 2, pp. 443-460, 2016. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8140> Acesso em: 15/03/2020.

DADALTO, Luciana. TUPINAMBÁS, Unai. GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas da autonomia da vontade: um modelo brasileiro. Revista. Bioética, Brasília, v. 2, p. 463-476, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf> Acesso em: 15/03/2020

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. O Debate Bioético e Jurídico sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MARTINS, Juliana. Um ano depois: o que conhecem os portugueses do testamento vital? Público, 2015. Disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/um-anodepois-o-que-conhecem-os-portugueses-do-testamento-vital-1700471>>. Acesso em: 12/03/2020.

MASSAROLI, Fabio; FABRO, Roni Edson. As Diretivas Antecipadas de Vontade na jurisprudência brasileira. Revista Âmbito jurídico. n 160, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/as-diretivas-antecipadas-de-vontade-na-jurisprudencia-brasileira/> Acesso em: 01/03/2020.

MELO, Juliana Nicolini de. Diretivas Antecipadas de Vontade: A possibilidade de inclusão do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro, 2018. Artigo para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf Acesso em: 12/03/2020.

NUNES, Rui. Diretivas Antecipadas de Vontade. Brasília: CFM/ Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. Disponível em: https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2017/01/diretivas_antecipadas_de_vontade_-_rui_nunes.pdf Acesso em: 04/08/2019.

OLIVEIRA, Mariana Bandeira de. Diretivas antecipadas de vontade: muitas questões e ainda mais respostas. Dissertação de Mestrado em Medicina. Universidade de Coimbra, Portugal, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/37296/1/Diretivas%20antecipadas%20de%20vontade%20muitas%20questoes%20e%20ainda%20mais%20respostas.pdf> Acesso em: 26/04/2020.

PROVIN, Alan Felipe; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Diretivas antecipadas de vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana na hora da morte. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 13-35, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc Acesso em: 20/04/2020.

RABELO, Misyara Augusta Moraes. Diretivas Antecipadas de Vontade: Legalização do Instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro, pp. 10-56, 2016. Monografia para obtenção

do grau de Bacharel em Direito. Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3592/1/misyaraaugustamoraisrabelo.pdf>
Acesso em: 12/09/2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 70065995078. Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck. j. 03 set. 2015. Diário de Justiça, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70065995078&ano=2015&codigo=1541387>. Acesso em: 01/03/2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70054988266. Rel. Des. Irineu Mariani. j. 20 nov. 2013. Diário da Justiça, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70054988266&ano=2013&codigo=2051055>. Acesso em: 01/03/2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70042509562. Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. j. 01 jun. 2011. Diário da Justiça, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70042509562&ano=2011&codigo=951188>. Acesso em: 01/03/2020.

TESTAMENTO VITAL. Diretivas Antecipadas de Vontade, Testamento Vital e Procuração para cuidados de saúde. Disponível em <https://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas/> Acesso em: 01/03/2020.

VINCENZI, Vanessa Salete; PROVIN, Alan Felipe. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. Revista Juris UniToledo. Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.03-24, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.3_n.4.01.pdf Acesso em: 21/04/2020.

ANEXO

ANEXO A – Documento Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM)

**RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012
(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70)**

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;
CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;
CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão

de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto.

Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico et al, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006).

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini et al, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz et al, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

3) **Receptividade dos pacientes**

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) **O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal**

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: “Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso” (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – traduzimos). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[...] Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”. Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) **Comitês de Bioética**

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D’Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau et al, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país. Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima Relator

TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO

**O ATLETA E SUA IMAGEM: A CESSÃO DA IMAGEM DOS ATLETAS
FUTEBOLÍSTICOS AOS JOGOS ELETRÔNICOS**

Carlos Yuri Da Silva Leal¹
Carmen Caroline do Carmo Nader²

RESUMO

A pesquisa visa abordar a cessão de imagem dos atletas de futebol para reprodução em jogos eletrônicos. O artigo traz uma análise de jurisprudências sobre o assunto e considerações sobre a Lei 9.615 de 24 de março de 1998, também conhecida como Lei Pelé. A pesquisa realizou-se a partir de um levantamento bibliográfico sobre a temática, tendo por autor referencial João Filipe de Sá, especialista em direito desportivo. É possível observar que a exploração deste tema ainda é pequena em artigos e pesquisas científicas, bem como que, no Brasil, o pagamento do direito de imagem para a reprodução em jogos eletrônicos deve ser realizado diretamente ao jogador e não ao time com o qual mantém contrato.

Palavras-chave: Direito de imagem. Game. Atleta. Direito esportivo

ABSTRACT

The research aims to address the transfer of image of soccer players for reproduction in electronic games. The article brings an analysis of jurisprudence on the subject and considerations about Law 9,615 of March 24, 1998, also known as Lei Pelé. The research was carried out from a bibliographic survey on the subject, with the reference author João Filipe de Sá, specialist in sports law. It is possible to observe that the exploration of this theme is still small in articles and scientific research, as well as that, in Brazil, the payment of the image right for reproduction in electronic games must be made directly to the player and not to the team with which he keeps contract.

Keywords: Image right. Game. Athlete. Sports Law

INTRODUÇÃO

É possível observar que em nosso país há uma grande demanda pelos jogos eletrônicos, tendo esta demanda aumentado nos últimos anos, “um desses motivos de

¹ Graduando em Direito pela Universidade Iguazu.

² Orientadora do trabalho. Coordenadora da Pós graduação em Criminologia e Segurança Pública e Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade Iguazu. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Iguazu. Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu. Membro do Conselho Consultivo da Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Iguazu. Presidente da Comissão de Direito das Famílias da OAB/RJ Subseção Nova Iguazu/Mesquita. Vice-presidente do IBDFAM Nova Iguazu. Membro da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB-RJ.

crescimento seria a importância de que estes jogos atualmente não são consumidos somente por adolescentes ou crianças do sexo masculino, mas também por homens ou mulheres adultos e idosos” (MACHADO; SANTUCHI; CARLETTI, 2018, p. 2).

O que antes era considerado uma diversão para crianças, passou a ser visto como diversão para toda a família, sendo que em alguns casos tornou-se inclusive fonte de renda, diante das equipes de competições do novo *e-sports*. Um dos jogos eletrônicos de maior demanda é o de futebol. A franquia do EA Games chamada FIFA, por exemplo, foi lançada em 1993 e teve um grande sucesso de vendas em todo o mundo, principalmente nos últimos anos (BARBOSA, 2020).

Em 2017, FIFA entrou para os Recordes Mundiais do Guinness como franquia de jogo de esporte mais vendida do mundo. Em 2018, ele já tinha mais de 260 milhões de cópias vendidas. Em 2011, a série já contava com tradução para 18 idiomas e já tinha sido disponibilizada para 51 países, entre eles o Brasil, onde a franquia sempre foi muito popular (BARBOSA, 2020, n. p.).

Todavia, inicialmente os jogos eletrônicos de futebol não representavam jogadores reais, pois “como a empresa não tinha os direitos para usar o nome dos atletas da época, a solução foi criar jogadores baseados nos reais, mas com nomes diferentes” (PRATA, 2019, s. p.). Com aumento da demanda para jogos (MACHADO; SANTUCHI; CARLETTI, 2018) os desenvolvedores dos jogos passaram a buscar um acordo financeiro com atletas e clubes, a fim de representar nos jogos eletrônicos os campeonatos e jogadores reais.

Este tipo de acordo é vantajoso para ambos os lados, uma vez que jogadores e clubes recebem pela cessão de sua imagem e os produtores dos jogos teriam cópias idênticas de jogadores e clubes, o que levaria a uma maior visibilidade dos jogos e, conseqüentemente, alavancariam as vendas. Porém algumas questões jurídicas acabaram sendo levantadas quanto às questões contratuais deste acordo, as quais serão discutidas no presente artigo.

Há uma grande discussão sobre os pormenores dos acordos financeiros entre os desenvolvedores de jogos e os jogadores de futebol e seus times, envolvendo a forma de pagamento, eventual limite do valor de tal pagamento, e quem possui o direito de receber por essa cessão de imagem, questões estas que por vezes levam atletas mundialmente conhecidos a recorrerem aos meios judiciais para tratar das demandas ocasionadas por tais jogos. Um questionamento constante é sobre quem deveria receber pela cessão de

imagem do jogador para os jogos: se o valor deveria ser pago diretamente aos jogadores ou aos clubes, com os quais os jogadores possuem contrato de cessão de imagem.

O assunto ainda gera muitos conflitos entre atletas, clubes e desenvolvedores de games, motivo pelo qual o presente artigo tem por objetivo analisar a jurisprudência e a temática sobre o assunto. Tal estudo foi realizado a partir de um levantamento bibliográfico, o qual teve por fontes artigos e reportagens disponibilizados na internet, a partir do ano de 2011, utilizando ainda como autor referencial o João Filipe de Sá, especialista em direito desportivo com intensa atuação na área.

1. CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O DIREITO DESPORTIVO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O direito esportivo no Brasil teve sua primeira previsão constitucional apenas em 1934, sendo caracterizado como educacional em sua previsão do artigo 5º, inciso XIV (ANDRADE, 2014). Já em 1937 com a instituição do Estado Novo por Getúlio Vargas, através de um golpe de estado, houve a promulgação de uma nova Constituição, na qual houve previsão de artigos referentes ao direito esportivo, proporcionando garantias à então chamada “educação física” (ANDRADE, 2014).

O Conselho Nacional de Desporto e outros entes desportivos foram criados através do Decreto nº 3199 de 1994, o qual também dispõe sobre diversos esportes femininos, que antes não eram regularizados no país.

Alguns anos após, na mesma época da Constituição de 1967, o CND aprovou o Código Brasileiro Disciplinar do Futebol, o esporte então mais visado pelo público, e o Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva, com previsão do direito de arena e revogando o Decreto nº 3.199 de 1994 e regulamentando a atividade do atleta profissional de futebol na Lei nº 6.354 de 1976.

Na Constituição de 1988 o direito desportivo passou a ter sua maior regulamentação constitucional, agora o poder expresso vinha a legislar sobre o direito desportivo, observa-se o artigo 24 da CF: “Art. 24/CF. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: IX - educação, cultura, ensino e desporto” (BRASIL, 1988). Porém em seu artigo 217 a constituição traz então uma maior visibilidade ao direito desportivo onde passa a ser tratado como direito inerente de cada um e devendo ser fomentado pelo Estado

Art. 217/CF É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não Profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social” (BRASIL, 1988).

Verifica-se assim, que o esporte passou à uma categoria diferente, sendo visto como um direito dos brasileiros, o qual deverá ser regulamentado e fomentado pelo Estado. Outra mudança significativa da Constituição de 1988 foi a previsão da Justiça Desportiva, colocando-a de maneira independente e autônoma do poder judiciário, sendo este acionado apenas após o esgotamento das instâncias desportivas.

Assim, atualmente o esporte é regulamentado, existindo inclusive um Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol, o qual, apesar de não integrar o Poder Judiciário brasileiro, julga e analisa os casos de forma administrativa.

Por fim, cumpre destacar que além das legislações acima já expostas, o direito desportivo também é regulamentado por alguns princípios, tais princípios estão previstos na Lei Pelé e serão abordados no próximo tópico.

1.1 Princípios do Direito Esportivo

Antes de se adentrar propriamente nos princípios do direito desportivo, cumpre destacar a importância dos princípios em sua regulamentação. Como aduz Miguel Reale (2003, p. 37) “[...] princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas”.

Desta forma, a previsão de princípios é importante para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a interpretação das leis deverá obedecer aos princípios legalmente previstos, sendo estes também utilizados nos casos em que a legislação é omissa, permitindo ao julgador uma adequação melhor ao caso concreto.

direito esportivo tem muitos princípios que o conduzem, a Lei Pelé em seu artigo 2º traz a previsão de alguns princípios.

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

I - da soberania, caracterizado pela supremacia nacional na organização da prática desportiva;

II - da autonomia, definido pela faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizarem-se para a prática desportiva;

III - da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação;

IV - da liberdade, expresso pela livre prática do desporto, de acordo com a capacidade e interesse de cada um, associando-se ou não a entidade do setor;

V - do direito social, caracterizado pelo dever do Estado em fomentar as práticas desportivas formais e não-formais;

VI - da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional;

VII - da identidade nacional, refletido na proteção e incentivo às manifestações desportivas de criação nacional;

VIII - da educação, voltado para o desenvolvimento integral do homem como ser autônomo e participante, e fomentado por meio da prioridade dos recursos públicos ao desporto educacional;

IX - da qualidade, assegurado pela valorização dos resultados desportivos, educativos e dos relacionados à cidadania e ao desenvolvimento físico e moral;

X - da descentralização, consubstanciado na organização e funcionamento harmônicos de sistemas desportivos diferenciados e autônomos para os níveis federal, estadual, distrital e municipal;

XI - da segurança, propiciado ao praticante de qualquer modalidade desportiva, quanto a sua integridade física, mental ou sensorial;

XII - da eficiência, obtido por meio do estímulo à competência desportiva e administrativa. (BRASIL,1998)

Como se percebe pela leitura do dispositivo, há diversos princípios que regulamentam o direito desportivo, deste modo, pode-se destacar alguns dos princípios como sendo os mais comumente utilizados, quais sejam: princípio da liberdade, princípio da democratização e o princípio da soberania

O princípio da liberdade está previsto na Lei nº 9.615 de 1998 em seu artigo 2º, inciso IV, que versa sobre a liberdade de cada um na prática do direito esportivo, com a opção de escolher se vincular ou não com algum ente esportivo. Este princípio garante ao atleta a liberdade esportiva de associação, de modo que o mesmo não pode ser obrigado a se vincular a algum clube.

O princípio da democratização está previsto no inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.615 de 1998 versa sobre o acesso de todos ao direito esportivo, sem distinção de sexo,

cor ou etnia sem que haja discriminação e seu exemplo mais conhecido é o investimento no esporte brasileiro para pessoas com necessidades especiais

O princípio da soberania tem previsão no inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.615 de 1998 determina a supremacia do Estado brasileiro em relação à regulamentação das atividades esportivas em seu território. Assim, embora devam ser consideradas as normas internacionais desportivas, prevalecerá à estas as normas editadas pelo Estado Brasileiro.

Além dos princípios previstos legalmente há também os princípios constitucionais:

princípio da autonomia desportiva; princípio da destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional; princípio do tratamento diferenciado entre desporto profissional e amador; e princípio do esgotamento de instância desportiva/administrativa. Tais princípios possuem maior importância hierárquica em relação aos princípios infraconstitucionais, devendo ser obedecidos e respeitados na promulgação de novas leis.

O princípio da autonomia desportiva está previsto tanto no artigo 217, I da Constituição (BRASIL, 1988) quanto na Lei Pelé acima reprodutiva, e garante a autonomia no funcionamento das organizações e associações desportivas, vedando a interferência estatal em suas questões internas.

Já o princípio da destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em alguns casos, para o desporto de alto rendimento prevê que os gastos públicos no esporte deve ser utilizado prioritariamente para a promoção do desporto educacional, ou para aqueles de alto rendimento.

O princípio do tratamento diferenciado entre o desporto profissional e o amador está previsto no artigo 217, III da Constituição (BRASIL, 1988), sendo reproduzidos em legislações infraconstitucionais, como no Código Brasileiro de Justiça Desportiva. Tal princípio prevê que a prática profissional deve ser tratada de forma diferenciada da prática amadora. Assim, os incentivos deverão ser dados de forma prioritária para a prática amadora do esporte, e não para a prática profissional, tendo em vista que nesta última há diversos investimentos e financiamentos por parte da iniciativa privada, enquanto que na prática amadora não há a finalidade do lucro e da profissionalização, mas sim do lazer.

Por fim, o princípio do esgotamento de instância desportiva ou administrativa prevê que disputas relacionadas à disciplina e a competição desportiva deverão ser apreciadas primeiro na instância administrativa, sendo necessário o esgotamento de todas

as instâncias administrativas antes da sua análise pelo Poder Judiciário. Tal princípio está previsto no artigo 217, § 1º da Constituição. (BRASIL, 1988)

2. DIREITO DE IMAGEM

O direito de imagem é um dos direitos da personalidade previstos constitucionalmente. É um direito inerente a cada pessoa, seja esta pessoa física ou jurídica, de modo que a sua violação gera o dever de reparação. A previsão constitucional assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

A imagem por ser um direito de personalidade é um direito absoluto, sendo aplicável de forma geral e irrestrita para todos os cidadãos brasileiros. Os direitos de personalidade são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, sendo que são aplicáveis desde o nascituro até posteriormente à morte da pessoa. Por serem irrenunciáveis, tais direitos não podem ser objetos de contratos em que a pessoa renuncia seu direito, do mesmo modo são intransmissíveis, de modo que não podem ser objetos de contratos que preveem a transmissão do direito para outras pessoas.

O direito de imagem significa a expressão exterior da individualidade humana. A imagem pode ser concebida assim de duas formas: imagem-retrato e imagem-atributo. A imagem-retrato está relacionada aos atributos físicos da pessoa, incluindo a sua voz. A imagem-atributo diz respeito à personalidade do indivíduo, ou seja, o modo como ele é visto na sociedade (BELTRAME, 2020).

Para que alguém utilize a imagem de uma pessoa é necessária uma prévia autorização

do detentor do direito de imagem. Ou seja, para que um fotógrafo utilize a foto de uma pessoa fotografada ele precisa que aquela pessoa que se encontra na foto autorize a reprodução de sua imagem.

Esta autorização pode ocorrer de diferentes formas. O consentimento pode ser expresso ou tácito. Consentimento expresso é aquele no qual a pessoa expressa claramente o seu consentimento com a utilização de sua imagem, seja de forma escrita ou verbal, já o consentimento tácito, decorre do comportamento da pessoa que, após ter o conhecimento da utilização de sua imagem não questiona ou toma qualquer medida para o impedimento de sua utilização.

O consentimento, expresso ou tácito, pode ocorrer de forma onerosa, com o pagamento de algum valor monetário para o indivíduo, ou de forma gratuita, sem qualquer tipo de remuneração. É possível ainda o consentimento condicionado à uma gratificação financeira, ou seja, a pessoa só autoriza a utilização da sua imagem se receber algum valor para a autorização em si.

A utilização da imagem de uma pessoa sem seu consentimento, ainda que posterior, pode gerar o direito à indenização conforme previsão constitucional. Esta indenização decorre da inviolabilidade da imagem das pessoas, a qual também está prevista no artigo 20 do Código Civil.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

A imagem de outrem utilizada com objetivo de vantagem financeira gera indenização ao lesado, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça em sua súmula 403 que assim dispõe: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (BRASIL, 1988). Por mais que tal súmula tenha sido criada por conta de julgamentos de atrizes que tinham suas fotos usadas por revistas indevidamente há como se estender tal entendimento como base jurisprudencial em casos de conflitos entre atletas e games.

Deste modo, percebe-se que o dever de reparação pelo uso indevido da imagem não depende de prova do prejuízo ou de dolo na conduta do agente, tendo em vista que a indenização decorre pela simples violação da imagem, com a sua utilização sem a autorização.

Como abordado anteriormente o direito de imagem não é apenas para pessoa física, mas também para pessoas jurídicas. Este destaque é importante, por envolver a

temática do presente artigo, pois assim conclui-se que a inviolabilidade do direito de imagem proíbe a utilização da imagem de jogadores bem como a de clubes nos jogos.

O desenvolvimento de um jogo que represente um campeonato nacional ou internacional de futebol, por exemplo, para que contenha os times e jogadores reais precisará obter uma prévia autorização dos atletas e dos clubes, sob pena de incorrer na violação do direito de imagem de ambos, o que poderá gerar não somente na indenização destes, mas até mesmo na retirada do produto de circulação.

3. LEI PELÉ

Conhecida popularmente como “Lei Pelé” a Lei nº 9615 de 1998 com sua promulgação trouxe a revogação da Lei anterior, a qual era conhecida como Lei Zico, Lei nº 8.672 de 1993. Embora a Lei Zico trouxesse em seu bojo a regulação das relações do esporte no Brasil, ela remetia a direitos e obrigações dos regulamentos das entidades de administração de cada modalidade. Assim, a Lei Zico era uma lei de regras de ordem geral, mais superficial, sem aprofundar no regulamento, por isso há quem defenda que a lei era uma lei apenas sugestiva.

Já a Lei Pelé possuía a intenção de trazer mais transparência e profissionalismo ao esporte brasileiro, sendo uma lei mais específica quanto às particularidades das relações esportivas, regulando especificamente as relações de trabalho existentes entre os clubes e os atletas. A lei foi idealizada por Pelé quando era Ministro do Esporte.

A promulgação da Lei foi acompanhada por diversas críticas, tendo inclusive sido chamada de “o gol contra do rei” em alusão à Pelé, deixou o cenário dominado por empresários privados e os clubes passaram a atuar em segundo plano nos esportes. Um dos temas mais polêmicos da lei foi o fim do passe dos atletas nos clubes brasileiros. A lei disciplina, entre outras vertentes, o nosso objeto de estudo, o direito de imagem e o diferencia do direito de arena.

3.1 Direito de Imagem na Lei Pelé

O direito de imagem é um direito de natureza civil, disciplinado na Lei nº 9.615 de 1998 em no artigo 87-A. É ainda, um direito personalíssimo, devendo o atleta ou seu representante negociar com o clube para o uso dessa imagem principalmente nas transmissões dos jogos televisionados. Com valores livremente negociados entre as partes.

O direito de imagem do atleta não é considerado verba trabalhista mesmo que muitas das vezes seja pago juntamente com o salário do atleta, os clubes fazem questão de botar a maior parte dos salários dos atletas como direito de imagem ou direito de arena para assim recolherem valores menores no momento dos recolhimentos trabalhistas, observe na jurisprudência a seguir:

Recurso de revista. 1. Atleta profissional de futebol. Contrato de licença do uso de imagem. Inexistência de fraude. Caráter não salarial da verba recebida a título de direito de imagem-. Trata-se o direito de imagem, direito fundamental consagrado no artigo 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988, de um direito individual do atleta, personalíssimo, que se relaciona à veiculação da sua imagem individualmente considerada, diferentemente do direito de arena, o qual se refere à exposição da imagem do atleta enquanto partícipe de um evento futebolístico. É bastante comum a celebração, paralelamente ao contrato de trabalho, de um contrato de licença do uso de imagem, consistindo este num contrato autônomo de natureza civil (artigo 87-A da Lei nº 9.615/98) mediante o qual o atleta, em troca do uso de sua imagem pelo clube de futebol que o contrata, obtém um retorno financeiro, de natureza jurídica não salarial. Tal contrapartida financeira somente teria natureza salarial caso a celebração do referido contrato se desse com o intuito de fraudar a legislação trabalhista. Nesses casos, quando comprovada a fraude, deve-se declarar o contrato nulo de pleno direito, nos termos do artigo 9º da CLT, com a atribuição do caráter salarial à parcela recebida fraudulentamente a título de direito de imagem e sua consequente integração na remuneração do atleta para todos os efeitos. Todavia, na hipótese dos autos, não restou comprovado o intuito fraudulento na celebração do contrato de licença do uso de imagem (premissa fática incontestada à luz da Súmula nº 126), razão pela qual decidiu bem a egrégia Corte Regional ao não conferir natureza salarial à parcela percebida pelo reclamante a título de direito de imagem. Recurso de revista conhecido e não provido. (...).” (RR - 82300-63.2008.5.04.0402, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/04/2012). (GUIA TRABALHISTA, 2020)

A jurisprudência acima colacionada deixa claro que o direito de imagem não se confunde com eventuais remunerações trabalhistas, tendo em vista sua natureza civil. O Ministro relator destaca ainda ser comum a prática de um contrato à parte do contrato trabalhista para a regulamentação do uso do direito de imagem entre partes, e que este valor não integra a remuneração do jogador por envolver indenização pela utilização de um direito de natureza civil e não pelo trabalho exercido.

3.2 Direito de Arena na Lei Pelé

O artigo 42 da Lei Pelé assim dispõe:

Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da

receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos ou para a captação de apostas legalmente autorizadas, respeitadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 13.155, de 2015)

I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia; (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento; (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1988)

Previsto no parágrafo 1º acima colacionado, o direito de arena assegura ao atleta receber uma percentagem da receita obtida com a exploração de direitos desportivos audiovisuais. Assim, todo atleta profissional que participe do espetáculo possui o direito a receber parte da verba, a qual não será considerada de natureza trabalhista, mas sim de natureza civil.

A natureza civil da parcela é prevista legalmente, de modo que o recebimento deste valor não deve ser confundido com verba trabalhista. Da receita obtida com a exploração audiovisual do espetáculo, cinco por cento deverá ser repassada para o sindicato para que este distribua de forma igualitária aos participantes do jogo.

3.3 Direito de Imagem X Direito de Arena

Deve-se tomar cuidado para não se confundir o direito de imagem com o direito de arena, diante da similaridade de ambas as espécies que preveem proteção quanto à

utilização da imagem do indivíduo. Assim, cumpre destacar que o direito de imagem e o direito de arena são direitos distintos entre si.

O direito de imagem é um direito personalíssimo garantido pela Constituição Brasileira de 1988 e pelo Código Civil de 2002, que caracteriza o direito que cada ser humano tem sobre seus traços característicos. Quanto ao direito de arena, observamos que, na Lei Pelé, o mesmo diz respeito ao direito de uma pessoa sobre seu espetáculo, no caso do direito esportivo, o direito do atleta sobre sua imagem durante um jogo com transmissão.

Desta maneira, enquanto o direito de imagem abrange toda a imagem da pessoa, como

seus traços característicos físicos e sua voz, o direito de arena está restrito apenas à atuação da pessoa naquele evento desportivo. O direito arena, portanto, não autoriza a utilização da imagem da pessoa antes de chegar ao evento ou após sair dele, mas tão somente a sua atuação durante a competição.

3.4 Projeto de Lei 94/2020

Atualmente tramita na Câmara dos deputados um Projeto de Lei nº 94/20, no qual seria estabelecido o valor de quarenta por cento do salário total de um atleta como limite remuneratório pela imagem cedida. O problema desta limitação é que ela alcançaria apenas os jogadores de futebol profissionais, não sendo incluídos no projeto os atletas de outras modalidades esportivas, tais como vôlei e natação, o que alteraria a Lei Pelé, a qual previa um teto independentemente do esporte praticado pelo atleta.

De acordo com o Deputado Luiz Lima (PSL-RJ) tal limitação prejudica outras modalidades esportivas que acabam não movimentando a mesma quantidade de dinheiro que o futebol movimenta atualmente. O parlamentar proponente do projeto é ex nadador olímpico e seu projeto prevê também a alteração da idade máxima de atletas em formação para a assinatura de contratos especiais de trabalho com os clubes. A proposta será analisada em caráter conclusivo pelas comissões de esporte; e Constituição de Justiça e Cidadania. (FLÁVIO, 2020)

4 CASOS DE BRIGAS JUDICIAIS ENTRE ATLETAS E DESENVOLVEDORES DE GAMES

No século que vivemos a demanda por meios eletrônicos de games não para de crescer, desenvolvedores de games buscam cada vez reproduzir um conteúdo mais desenvolvido e bem elaborado para buscar cada vez mais números expressivos de vendas no mundo inteiro.

Hoje em dia para o game ser atraente ao público ele necessita muito de cópias fiéis de clubes e jogadores, com representações como escudo e nome do time, uniforme e cores, e com os atletas não é diferente, se busca cada vez mais uma realidade virtual idêntica a nossa realidade, seja ela representada em cortes de cabelo, vozes, olhos, sorrisos, se busca a perfeição da imagem dos jogadores.

Para poder reproduzir cópias fiéis de jogadores e clubes os desenvolvedores de games necessitam que os mesmos cedam a sua imagem, fazendo uma negociação com os mesmos ou com seus representantes, o que muitas das vezes gera imbrólios judiciais.

Muitas das vezes os casos de briga entre atletas e games acaba parando nos meios judiciais, pois os atletas alegam não ter cedido tal direito para representação fiel de sua imagem, podemos observar que após reiterados entendimentos jurisprudenciais, a matéria foi sumulada e é pacífica em favor do atleta, sendo assim protegido pelos tribunais brasileiros.

Um dos casos mais famosos ocorreu em 2017, quando mais de 70 atletas processaram as desenvolvedoras EA e Konami por uso indevido de suas imagens. Tal processo é por uso das imagens em jogos publicados entre 2007 e 2014.

As desenvolvedoras alegam que fizeram o pagamento Para a Federação Internacional de Futebolistas profissionais (FIFPró), mas tal alegação é debatida pelos advogados dos autores com a alegação de que no Brasil, por lei, a negociação deveria ser feita diretamente com o atleta ou seu representante e assim ser assinada uma autorização para o uso da imagem, o que levou jogadores renomados a vencerem a causa em segunda instância.

Em maio deste ano tivemos um caso que acabou tomando maior conhecimento pelo fato de o jogador a processar um desenvolvedor de games é um jogador conhecido mundialmente, o ex-atleta futebolístico Edmundo, ex-jogador de Vasco e Palmeiras, na ocasião Edmundo aciona judicialmente a EA Sports por reproduzir sua imagem e nome sem autorização nos anos de 2007, 2008 e 2009, e não parando por ai, em breve pesquisa pudemos constatar que somente no Tribunal de São Paulo são movidos mais de 100 processos em face da empresa citada em segunda instância.

Pode-se observar casos até mesmo já decididos, como por exemplo, o ex-futebolista Vampeta ganhou na justiça o direito de ser indenizado em R\$30.000,00 (trinta mil reais) por conta de uso indevido de sua imagem, vale lembrar que ainda cabe recurso; outro também ex-futebolista Adriano Gabiru, ídolo do Internacional, ganhou em segundo grau o direito a indenização de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por cada edição que sua imagem foi indevidamente utilizada, totalizando dez edições mas a EA Sports ainda poderá recorrer da decisão, já Vanderlei, atual goleiro do Grêmio, ganhou no Superior Tribunal de Justiça o valor de indenização de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por cada aparição no game, o que levou a um total de R\$55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) além de multas e correções monetárias. (TECH, 2020)

Como pode-se observar sempre que os desenvolvedores de games são chamados para se defender sua justificativa é de que obteve a licença do FIFPró para utilização da imagem dos atletas, o que ocorre é que tal entidade tem seu uso na Europa, no continente para se obter o direito de utilizar a imagem dos atletas lá atuantes o desenvolvedor deve pedir autorização e negociar diretamente com a entidade, pois os direitos dos atletas da Europa são regidos por ela.

Porém para se defender dos processos que recebe aqui no Brasil, por mais que as empresas tentem, essa justificativa é inválida, pois aqui a negociação deve ser feita diretamente com jogadores e seus empresários.

4.1 Fases da negociação para liberação da imagem dos atletas

O desenvolvedor de jogos que queira incluir times ou jogadores reais em seu videogame, terá que percorrer burocracias diferentes dependendo do país de origem do time e do jogador de futebol. Embora na maioria das vezes seja possível a negociação com o pagamento do direito de imagem diretamente à FIFPró, a qual irá repassar os valores às associações nacionais, que por sua vez efetuam o pagamento aos jogadores de suas respectivas nações, no Brasil não funciona assim.

No Brasil, além da negociação diretamente com a FIFPró, a qual detém o direito de imagem de competições internacionais e de diversos jogadores à ela associados, é necessária também a autorização dos próprios times e jogadores, tendo em vista que a jurisprudência e legislação nacional não permitem aos sindicatos e associações a detenção do poder de ceder a imagem sem a expressa autorização.

Assim, o desenvolvedor do jogo deverá inicialmente entrar em contato com o marketing de cada time e negociar diretamente com o clube para utilizar a reprodução de sua logomarca e uniforme no jogo. Caso o time não tenha a autorização do atleta para repasse do uso de sua imagem o desenvolvedor do jogo deve direcionar as comunicações ao atleta e seu empresário para começar a negociação para uso da imagem do atleta.

A negociação se dá inicialmente pelas negociações prévias, as quais irão resultar na elaboração de um contrato, o qual prevê as formas de utilização da imagem e a remuneração a ser paga ao jogador e ao time pela utilização de sua imagem. Usualmente, a parte de elaboração contratual fica restrita aos departamentos jurídicos, que revisam os termos e cláusulas contratuais até chegar ao comum acordo.

Após o fechamento do contrato, este é assinado, passando a valer conforme as cláusulas e condições nele estipuladas. Todavia, deve-se destacar que o contrato realizado diretamente com o clube acaba por vincular o direito de imagem somente para o período em que o jogador atua por aquele clube. Caso o jogador seja transferido para outro time, novo contrato deverá ser firmado para a cessão de imagem, o que irá gerar novo pagamento pela utilização da imagem.

Isto faz com que as desenvolvedoras de jogos optem por renovar o game anualmente.

CONCLUSÃO

A realização da presente pesquisa pode demonstrar que o tema ainda não é tão debatido, possuindo a necessidade de ser mais explorado. Um dos motivos é que os jogadores de vídeo games não costumam pensar sobre o assunto quando estão jogando, de modo que este tema é tratado apenas por operadores do direito, atletas ou pesquisadores. Percebe-se que cada vez mais as imagens de jogadores de futebol são fielmente reproduzidas nos jogos, o que acaba por atrair mais jogadores.

O direito de imagem é um direito personalíssimo, sendo indisponível e irrenunciável, motivo pelo qual no Brasil é necessária a autorização do próprio jogador de futebol para a cessão de sua imagem, pois nenhum contrato pode prever a disponibilidade do direito de imagem para o clube. Assim, o contrato e o pagamento diretamente para o FIFPró não irão autorizar a utilização da imagem de um jogador vinculado a clube brasileiro.

Havia uma discussão entre quem deveria receber pela imagem cedida: o atleta ou o clube. Uma vez que o clube paga também ao atleta por isso, o que nos leva a seguinte resposta, não se deve discutir sobre esse pagamento, pois ele deve ser feito aos atletas e negociado diretamente com o mesmo ou seu representante, pois o clube paga ao atleta pelo direito de arena que conforme vimos acima é o direito para usar a imagem do atleta nas transmissões dos jogos esportivos televisionados, portanto isso não deve se confundir com a cessão da imagem do atleta aos desenvolvedores de games.

Por mais que aparente prejudicar apenas aos desenvolvedores de games tal falta de autorização para o uso da imagem dos atletas isso leva prejuízos também aos atletas, obviamente que o prejuízo financeiro, mas também o prejuízo de sua "fama", uma vez que quando não autorizado o game a usar a imagem de certo atleta ou clube o mesmo irá desenvolver um clube "fake" e um atleta com características e nome "fakes" também e como refletido acima esses games tem grande alcance no mundo inteiro, então se o jogador não autoriza a sua imagem a ser utilizada o mesmo acaba perdendo uma oportunidade de se promover em lugares que seus jogos não seriam transmitidos.

Os precedentes jurisprudenciais demonstram que o direito de imagem garante a indenização dos jogadores quando sua imagem é utilizada sem sua prévia autorização. Assim, cabe às desenvolvedoras de jogos a atenção a regulamentação específica de cada país quando da reprodução de times e jogadores em videogames.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Julia Silva. **Direito desportivo no ambito constitucional**. 2014. Disponível em: <https://andradejulia.jusbrasil.com.br/artigos/150630423/direito-desportivo-no-ambitoconstitucional>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BARBOSA, Soraia. **FIFA: 8 curiosidades e segredos sobre os jogos da série da EA Sports**. Publicado em 02/05/2020. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2020/05/fifa-8curiosidades-e-segredos-sobre-os-jogos-da-serie-da-ea-sports.ghtml>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BECKER, Keiffer. **Fifa 20 e o licenciamento dos jogadores dos times brasileiros**. Uma análise sobre o direito de imagem dos atletas no Brasil. Publicado em 03/2020. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/80158/fifa-20-electronic-arts-e-o-licenciamento-dosjogadores-dos-times-brasileiros-uma-analise-sobre-o-direito-de-imagem-dos-atletas-no-brasil>. Acesso em: 16 set. 2020.

BELTRAME, Renan. **Saiba mais sobre o direito de imagem, sua proteção constitucional e exceções**. Publicado em 30 de junho de 2020. Disponível em:

<https://www.aurum.com.br/blog/direito-de-imagem/> . Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 9615 de 24 de março de 1998**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Planalto. **Lei nº10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Planalto. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

CANAL TECH. **Mais de 70 jogadores processam EA e Konami por uso indevido de imagem. Publicado em 03 de maio de 2017**. Disponível em :

<https://canaltech.com.br/games/mais-de-70-jogadores-de-futebol-processam-ea-e-konami-poruso-indevido-de-imagem-93136/>. Acesso em: 16 set. 2020.

FLÁVIO, Luis. **Nova súmula 403 do STJ dispensa a prova do prejuízo causado pela divulgação de imagem não autorizada**. Disponível em:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1992431/nova-sumula-403-do-stj-dispensa-a-prova-do-prejuizo-causado-pela-divulgacao-de-imagem-nao-autorizada>. Acesso em: 13 out. 2020.

HENRIQUE, Pedro. **FIFA, PES e times brasileiros - A questão do licenciamento de clubes e jogadores nos games de futebol**. Publicado em 20/02/2020 às 20h. Disponível em:

<https://adrenaline.com.br/artigos/v/62863/fifa-pes-e-times-brasileiros-a-questao-dolicenciamento-de-clubes-e-jogadores-nos-games-de-futebol> Acesso em: 02 mar. 2020.

JÚNIOR, Janary. **Projeto restringe ao futebol limite remuneratório para direito de imagem dos atletas**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/640557-PROJETORESTRINGE-AO-FUTEBOL-LIMITE-REMUNERATORIO-PARA-DIREITO-DEIMAGEM-DE-ATLETAS>.

Acesso em: 16 set. 2020.

KAMILA. **Direitos de imagem dos jogadores brasileiroS**. Publicado em 26/04/2019 às 12h53. Disponível em: <https://arenavirtual.net/blog/direitos-de-imagem-dos-jogadoresbrasileiros>. Acesso em: 13 out. 2020.

MACHADO, Carlos Eduardo Martins. SANTUCHI, Rafael Pinheiro. CARLETTI, Ednéa Zandonadi Brambila. **O mercado de jogos eletrônicos e seus impactos na sociedade**. Publicado em agosto de 2018. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wpcontent/uploads/2018/08/o-mercado-de-jogos-eletronicos-e-seus-impactos-na-sociedade.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

MIRANDA, Alexandre; BRITO, Sherley. Atletas e games de futebol. **O direito a imagem entra em campo.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/atletas-egames-%20de-futebol-o-direito-a-imagem-entra-em-campo-3yzey9hcpd65tj6qnk0wdjih8/amp/> Acesso em: 16 set. 2020.

NÚNES, Benigno. **O direito de imagem:** Consagrado e protegido pela constituição federal da República de 1988 e pelo código civil nacional de 2002. Publicado em 06/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/75081/o-direito-de-imagem>. Acesso em: 15 set. 2020.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. Jogador profissional. **Direito de arena e direito de imagem.** Publicado em 09/06/2017. Disponível em: http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/direito_arena_imagem.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

PRATA, Dori. **Konami e futebol: a história da série Pro Evolution Soccer.** Publicado em 2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/meiobit/411352/konami-e-futebol-a-historia-daserie-pro-evolution-soccer/>. Acesso em: 13 out. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ, João Felipe de. **Direito de imagem dos atletas em games.** Publicado em 2016.

Disponível em: <https://joafilipedesa.jusbrasil.com.br/artigos/346026888/direitos-de-imagem-de-atletas-no-games>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SILVA, Lhuan Gaspar da. **Direito desportivo:** Conceitos e princípios. Publicado em 2018. Disponível em: <https://lhuangaspar.jusbrasil.com.br/artigos/695229898/direito-desportivoconceito-e-principios>. Acesso em: 02 mar. 2020.

THADEU, Bruno. **Edmundo aciona EA Sports na justiça e cobra por uso de imagem em games.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/%20futebol/ultimasnoticias/2020/05/12/edmundocobra-r-180-mil-da-ea-sports-por-uso-de-imagem-emgames.amp.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

DIREITO DOS ANIMAIS: ANÁLISE ACERCA DA TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS SUBMETIDOS A MAUS-TRATOS À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Cecilia da Silva Trindade¹
Leonardo Nolasco²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a análise acerca da tutela jurídica dos animais submetidos a maus-tratos. Cujo o tema tem sido bastante discutido, tendo em vista que os devidos direitos vêm sendo violado há séculos, fruto da persistência do homem em permanecer com a prática de maus-tratos contra os animais. O surgimento dos direitos, a devida evolução histórica, a teoria antropocêntrica e biocêntrica a luz do direito Brasileiro, a proteção constitucional. A grande relevância do tema é ressaltar a devida importância dos direitos que a eles pertencem, visto que são seres vivos e têm sensações físicas, emocionais análogas às humanas, ou seja, o bem-estar do animal. Serão abordadas as normas legais e infralegais, que têm a finalidade de amparo legal jurídico para punir o agente desse ato ilícito contra os animais. Dentre a temática elencada veremos algumas formas de maus tratos, a evolução dos direitos, análise crítica acerca da desproporcionalidade da aplicação da lei penal. Entendimento jurisprudencial, a visão temática e jurídica do Supremo Tribunal Federal.

Palavras- chave: maus-tratos - tutela jurídica – direitos dos animais

ANIMALS RIGHTS: ANALYSIS ABOUT THE LEGAL GUARANTEE OF ANIMALS SUBJECTED TO MISTRESS IN THE LIGHT OF THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT

The present work deals with the analysis of the legal protection of animals subjected to abuse. The topic of which has been widely discussed, given that due rights have been violated for centuries, as a result of man's persistence in remaining with the practice of mistreatment against animals. The emergence of rights, due historical evolution, anthropocentric and biocentric theory in the light of Brazilian law, constitutional protection. The great relevance of the theme is to emphasize the due importance of the rights that belong to them, since they are living beings and have physical and emotional sensations analogous to human ones, that is, the well-being of the animal. Legal and non-

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Iguazu.

² Orientador do trabalho. Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis (2012), tendo cursado pós-graduação lato sensu em Direito Público pela Universidade Iguazu (2008), Instituição onde se graduou em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas - FaCJSA (2005). Exerceu a função de Coordenador do Escritório de Assistência Jurídica da Universidade Iguazu (2008-2013), onde também ocupou o cargo de Coordenador-Adjunto do Curso de Direito (2012-2013). Atualmente atua como professor assistente nos Centros Universitários UniAbeu (Nilópolis-RJ) e UBM (Barra Mansa-RJ) e na Universidade UNIG (Nova Iguazu-RJ).

legal rules will be addressed, which are intended to provide legal support to punish the agent of this illegal act against animals. Among the themes listed, we will see some forms of ill-treatment, the evolution of rights, critical analysis about the disproportionality of the application of criminal law. Jurisprudential understanding, the thematic and legal view of the Federal Supreme Court.

Key words: mistreatment - legal protection - animal rights

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a análise dos animais submetidos a maus-tratos a tutela jurídica dos animais e a temática animal sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, entretanto o animal sempre foi visto como um instrumento ou objeto onde o homem encontrava meios de usufruir, desde a origem da caça para satisfazer suas necessidades alimentares, para utilização de pesquisas científicas, adestramento de algumas espécies tanto para aprimoramento em suas caçadas e como meios de sua proteção, e além disso utilizando os animais como forma, de comercialização de recursos financeiros dentre eles: como mercado de vestuário, farmacêutico, alimentar, um instrumento de recursos, um meio de obter lucros de atingir mercados com isso os animais tornaram-se ao longo dos anos vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, expondo em sofrimentos desnecessários, através de maus-tratos.

A temática dos direitos dos animais se justifica como um grande avanço para o meio ambiente, tratando do passado seria considerado como um assunto incomum e desapropriado naquele momento. Hoje a discussão acerca do tema, tornou-se uma necessidade, à medida que a tutela jurídica do animal se encontra no contexto moderno, nos dias atuais sendo visto como um assunto de devida importância para manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável, com a preservação da vida desses seres vivos. Será feita uma análise da visão antropocêntrica e biocêntrica aplicadas ao texto constitucional referentes a meio ambiente e a tutela animal.

Com a promulgação da constituição federal de 1988 o texto passou a elencar de forma especificada a proteção da fauna e a vedação a crueldade contra os seres vivos, essa grande inovação trazida pela constituição federal de 1988 pode desmitificar a ideia como era vista no passado em que a proteção dos animais era somente para manter um ambiente ecologicamente equilibrado, contudo o cenário atual e tratá-los como detentores de direitos e total proteção.

No contexto geral, é claro o dever do legislador infraconstitucional de criar mecanismos que proibam de forma efetiva condutas lesivas a fauna, meio ambiente como um todo. Com esse motivo a lei 9.605 de 1988 surgiu com fundamento de regular essa matéria, criou e cominou penas para serem aplicadas a prática desse crime.

O objetivo deste trabalho é fazer uma abordagem inicial sobre os direitos dos animais e a tutela animal no Brasil, demonstrar como estão sendo aplicadas as tutelas jurídicas nos devidos casos de maus-tratos, qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em seu julgamento, em que parâmetro legal está ocorrendo a sua fundamentação legal, no que tange a garantia dos direitos fundamentais a vida dos animais que sofrem de maus-tratos. Outro ponto que irá ser destacado uma breve análise crítica acerca da aplicação da lei dos crimes contra aos animais previstos na lei 9.605 de 1988. Existe uma proteção deficiente quanto a aplicação da pena? Havendo um conflito dos direitos constitucionais garantidos o que deve prevalecer: a vedação aos maus tratos contra os animais ou o direito cultural do homem?

Mediante a todo esse contexto, e a todo cenário atual é urgente a necessidade da aplicação da tutela ao meio ambiente, onde os animais parte integrante e importante para nosso ecossistema como um todo, gritam por socorro frente aos interesses da sociedade, as reformas são necessárias para que o direito evolua junto com o pensamento social, sempre para melhor, evitando o retrocesso, a defesa da tutela dos direitos animais é algo positivo para o desenvolvimento social.

1 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS À TUTELA CONTEMPORÂNEA

O meio ambiente, assim como o vivenciado hoje, não fazia parte do início do desenvolvimento ambiental, inúmeras foram a dificuldades que o ecossistema passou para que fosse reconhecido sua importância.

A ignorância da humanidade, por muito tempo impediu que esse bem tão importante fosse protegido, infelizmente desde tempos passados a maneira do homem em só pensar em si acabou contribuindo para que determinadas condutas refletissem direta ou indiretamente no ecossistema causando vários danos para si, para seus familiares e para o mundo como um todo, o egoísmo do homem sempre o inibiu de enxergar além de seus próprios interesses.

A partir dessas atitudes o homem pode perceber que todas aquelas condutas não positivas que ele vinha praticando no ecossistema estavam tomando enormes proporções, causando esgotamentos naturais como degradação ambiental, poluição, escassez dentre outras, foram cruciais de forma que o levaram a parar naquele momento e refletir sobre o imenso dano que eles estavam contribuindo de forma negativa para o meio ambiente, ele pode sentir na própria pele a exploração ambiental desenfreada, sem controle, mediante a esse contexto que o meio ambiente começou a adquirir a sua importância mundial.

Conforme a linha de pensamento de Paulo Bessa Antunes:

A preocupação fundamental deste direito é organizar a forma pela qual a sociedade se utiliza dos recursos ambientais, estabelecendo métodos, critérios, proibições e permissões, definindo o que pode e o que não pode ser apropriado economicamente. (ANTUNES, 2010, p.3).

Segundo o autor citado acima quer destacar, no que tange ao conceito de direito ambiental, é salientar a forma como o direito ambiental é estabelecida sendo como parâmetro a organização de regras a serem cumpridas para que recursos ambientais não se tornem precários ao longo do tempo.

Contextualizando, de forma mais específica na história, foi a partir da década de sessenta do Século XX que várias circunstâncias contribuíram para a consciência ambiental no mundo. Vários acontecimentos contribuíram, como as mudanças climáticas, o aquecimento terrestre, a grande quantidade de resíduos provocada pelo homem causando instabilidade na natureza, outro ponto importante foi o descobrimento do buraco na camada de ozônio esse fator levaram discussões internacionais acerca da proteção ambiental.

Ao longo do tempo, diversos desastres ambientais foram acontecendo e foram determinantes para as autoridades governamentais providenciar políticas públicas em prol da preservação do ecossistema, sendo de suma importância destacar que o Brasil possui hoje uma das legislações ambientais mais avançada, reconhecida internacionalmente ficando claro que apesar disso precisa muito a evoluir, essa evolução precisa ser constante por que tudo vai em do comportamento do homem. Dois grandes avanços na proteção do meio ambiente, foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento-ECO-92 o que ficou acordado, que os países que estivesse em desenvolvimento deveriam receber apoio através de recursos financeiro e tecnológico com o objetivo de um meio ambiente mais sustentável, e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais proclamada em assembleia da UNESCO em Bruxelas, considera

que os animais são sujeitos de direitos, trazendo, em todos os seus artigos, uma rede de proteção legal, alertando que os países signatários como o Brasil, por exemplo devem editar leis e princípios que concedam direito à vida animal afastada do sofrimento ou quaisquer tipos de maus-tratos e crueldade. Ressaltando ainda que o desconhecimento e o descaso desses direitos, têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra a natureza.

Os animais passaram a fazer parte de um cenário dentro da ótica do protecionismo ambiental, sendo vistos como coisas, instrumentos de captação de recursos financeiros, instrumentos a serviço do homem, dentre elas a fauna foi objeto de inúmeros casos de abandono, crueldade e maus-tratos. Ao longo dos anos e que foi surgindo a consciência ambiental em consequência disso os animais passaram a ser protegidos pela legislação brasileira.

Um dos marcos importantíssimos na tutela dos animais foi a Constituição Federal de 1988, em que atribuiu ao meio ambiente o status de direito fundamental, assim podemos perceber que as garantias tuteladas aos animais foi evoluindo de maneira gradual, visando sempre a melhoria, a proteção a eles conferida garantindo a sua integridade física, tanto nacional e internacionalmente buscou-se uma proteção de forma consolidada.

É evidente dizer, que até o surgimento da constituição de 1988 não existia proteção de natureza constitucional que buscasse defender o meio ambiente como um todo. Pode se dizer que haviam proteções, mas sempre no plano infraconstitucional. Nas constituições de 1934,1937,1946 e 1967 em seu texto constitucional tratava-se sobre a competência legislar sobre as florestas, águas, riquezas do subsolo e sobre a caça e pesca.

A constituição federal é uma norma advinda do homem que tem como pretensão a construção de um Estado para viver são regras que regulamentam o Estado, assegurando dos direitos inerentes a vida humana e garantindo os direitos fundamentais. O que pode ser observado tratamos em direitos fundamentais é uma clara visão antropocêntrica que visa os direitos mais básicos do homem os quais estabelecem a igualdade entre todos, direito à vida, à educação, à segurança, entre outros direitos necessários para a vida humana tais direitos esses positivados ao longo da constituição. Por outro lado, a constituição discorre sobre os direitos fundamentais de 3º geração dentre outros o meio ambiente.

A partir de momento podemos observar a preocupação do legislador constitucional em tratar da devida temática nesse sentido, o texto constitucional alterou

paradigmas civilísticos que guiava o direito ambiental e introduziu um pensamento mais concentrado na preservação das funções ecológicas, foi nesse contexto que foi criado um artigo relacionado tão somente a matéria ambiental e de suma importância para o desenvolvimento dessa pesquisa o artigo 225, § 1º, VII da Constituição Federal conforme abaixo citado:

Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes gerações.

VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (apud FERNANDES, 2015, p.82-83).

Fazendo uma breve análise do artigo 225 da constituição federal de 1988 é de fácil constatação que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso, na medida que tutela o interesse da coletividade e também direito que pertence a todo indivíduo pois é pressuposto indispensável na vida do ser humano. Ressaltando o § 1º do artigo 225 da constituição federal de 1988 é importante destacar que esse próprio dispositivo traz os deveres do poder público em assegurar a efetividade dos direitos do meio ambiente, os incisos do § 1º do artigo 255 são verdadeiros parâmetros legais para que o legislador ordinário e para a administração pública resguardar todos estes direitos.

Neste sentido:

A partir do parágrafo, segue uma série de incisos. Em tais incisos estão contidos os comandos para o legislador ordinário e para o administrador. Tais comandos são de natureza obrigatória e não podem ser descurados pelos destinatários. É exatamente através da obediência aos comandos constitucionais que o direito ao meio ambiente pode se tornar um elemento da vida real. Os instrumentos são constitucionais, são as ferramentas com as quais o direito se materializará. (ANTUNES, 2010, p.74).

O próprio inciso VII, do § 1º do artigo 255, confirma em seu dispositivo o dever de proteção a fauna e a flora, ou seja, o ecossistema como todo cabendo essa atribuição ao poder público, especificamente ao legislador ordinário ficando notório seu papel em aplicar e criar regulamentações legais proibindo condutas que provoquem extinção de espécies ou que submetam os animais à crueldade, as devidas proteções dando efetividade no direito inerente ao meio ambiente.

2 DILEMAS ÉTICOS AMBIENTAIS: ANTROPOCENTRISMO X BIOCENTRISMO

Durante o desenvolvimento da humanidade, foram sendo formuladas diversas teorias acerca da postura e relacionamento do homem com o mundo, ao mesmo tempo que consolidavam ideias contra o reconhecimento dos direitos dos animais, começaram a surgir novos posicionamentos da sociedade em defesa do meio ambiente. Diante disso serão demonstradas na pesquisa as teorias acerca do homem frente ao meio ambiente: visão antropocêntrica e x visão biocêntrica.

O antropocentrismo tem origem do grego *ánthrōpos*: "ser humano"; *kéntron*: "centro", a corrente antropocêntrica acredita que o homem é o ser mais importante da natureza, por ser dotado de raciocínio, e por isso é capaz de pensar, refletir, criar, aprender, transmitir bons hábitos e comportamentos, e principalmente se reconhecer como indivíduos, se diferenciando dos demais seres, portanto quando colocado em comparação com os animais ele julga-se superior.

Conforme os ensinamentos de Laerte Fernando Levai:

O antropocentrismo "desencadeou a contínua degradação do ambiente e a subjugação dos animais", ou seja, deve-se rever o paradigma antropocêntrico e adotar uma ética de valores, algo que respeitasse a natureza e o valor inerente de cada ser" (LEVAI, 2010, p.124).

Portanto, pode se observar que o paradigma antropocêntrico, acredita que os seres vivos devem se submissos aos seres humano, essa visão vem sofrendo mudanças, devendo ser observados outros paradigmas diante de uma consciência moral.

Ocorre o oposto no biocentrismo, pois o mesmo conceitua que as formas de vidas são importantes na mesma medida, não havendo nenhuma preferência por nenhuma espécie, ou, seja não privilegia nem racionalidade e nem qualquer outra característica específica apenas considera o bem próprio de cada ser, sendo assim a visão ética biocêntrica se importa com todas formas de vida, seja ela animal, vegetal ou humana não fazendo diferenciação entre elas.

Segundo a autora Irvenia Prada:

Não podemos mais continuar com a indiferença pela vida e pelo sofrimento dos animais, a que estamos acostumados. Aprendendo a olhar o mundo com novos olhos, estaremos adotando o paradigma biocêntrico, isto é, estaremos valorizando a manifestação da vida em todos os níveis e, com ela, a desse outro elemento referido como 'mente' ou psique. (PRADA, 1997, p.61-62).

O que pode ser observado quando tratamos do art.225 da constituição federal de 1988, é abordado uma visão biocêntrica com intuito de harmonizar e integrar ser humano com a biota, o fato é que os animais são objetos de proteção ampla em nível constitucional.

O grande avanço no direito ambiental, com o paradigma da visão biocêntrica, como posição mais favorável a tutela do meio ambiente demonstra uma tendência crescente entre os doutrinadores e entre os magistrados.

3 AS PRINCIPAIS CONDUITAS CRIMINOSAS: PRECEITOS SECUNDÁRIOS DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

3.1 Maus-tratos e crueldade aos animais

O conceito maus tratos e crueldade aos animais não é explanado ou conceituado nas leis, apenas se expressa às ações de práticas que o configuram. Conforme a linha de entendimento do autor Ackel Filho (2011, p. 25 e 26), no que refere ao direito ambiental, constitucional, administrativa, civil, processual e penal, os maus tratos apresentam efeitos múltiplos no contexto do ordenamento jurídico. Nesta mesma linha de pensamento entende-se que maus-tratos pode ser classificado como ação comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa que exponha ao perigo, cause danos à saúde e ao bem-estar físico e psíquico do animal e ainda toda a violência e atos de crueldade contra os animais.

A Lei de Crimes Ambientais (9.605/1998) estabelece quais são as práticas consideradas maus-tratos aos animais:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela lei nº 14.064, de 2020).

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (LEGISLAÇÃO,1998).

Configurando aos crimes de maus-tratos qualquer conduta que venha atingir a integridade física do animal como tortura, violência, até mesmo manter o animal preso em jaulas essa conduta acaba abalando o psíquico do animal e afetando diretamente o

bem-estar desse animal. Uma definição geral e abrangente sobre maus-tratos é da autora Edna Cardoso Dias especialista em direito ambiental e direito dos animais:

Crueldade contra animais é toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao voo, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativeiros ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, farra de boi, ou similares), abates atrozos, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atrozos sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal. (DIAS, 2000, p. 156 - 157).

Como é de se observar essa definição abrange bastante a temática sobre os maus-tratos inclusive ressalta o bem-estar animal que é quando o animal apresenta boa saúde, suas condições físicas e psicológicas são adequadas e se o animal pode expressar seu comportamento natural.

Recentemente, tivemos um grande avanço no que diz respeito aos direitos dos animais, foi sancionada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, na devida data 29 de Setembro de 2020 a lei nº 14.064, de 2020, agora a prática de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar os animais de estimação, cães e gatos, será punida com pena de reclusão de dois a cinco anos, além de multa e proibição de guarda. Ressaltando que esses animais, cães e gatos são animais domésticos mais comuns e principais vítimas desse tipo de crime.

3.1.1 FARRA DO BOI

Consiste em um evento realizado especificamente no estado de Santa Catarina, na semana santa onde o boi é solto pela rua para ser perseguido e linchado pela multidão, esse acontecimento tornou-se uma tradição na cidade, tradicional entre descendentes de

açorianos que relacionavam a imagem do boi com elementos pagãos, o torturando até a morte, o que representa a conquista do cristianismo em relação aos mouros e ao final dessa conduta eles faziam churrasco com o boi morto. Fica demonstrado que essa atitude é uma atitude extremamente violenta e cruel que atinge tanto a integridade física e psicológica desse animal.

3.1.2 ANIMAIS EM CIRCOS

No caso de espetáculo de animais circenses, os animais muitas das vezes são mantidos em jaulas pequenas em que ali permanecem por muito tempo isso acarreta um stress no animal mas vai muito além disso ou seja o que ocorre é a exposição do animal a extrema crueldade e violência sendo submetido a formas violentas de treinamentos como em sua maioria uso de choques, chicotes ou bastões pontiagudos causando várias lesões e comprometendo a integridade física do animal, além dos treinamentos nos espetáculos são submetidos como um dos exemplos leões a atravessarem círculos de fogo, ursos dançando em cima do picadeiro, todas essas atitudes demonstram claramente atos de maus-tratos e crueldade. Além da lei de crimes ambientais em que podemos tipificar essa conduta como ato de crueldade conforme o art.32 da lei 9.605/98, temos como outro parâmetro legal a Declaração Universal dos Direitos dos Animais proclamada pela Unesco da qual o Brasil é signatário traz como fundamento legal que nenhum animal pode ser usado para divertimento do homem.

É cabível prender animais como leões, elefantes, tigres dentre outros em pequenas jaulas apenas para entretenimento do homem? Não caberia uma resposta afirmativa nesse caso tendo em vista que esses animais selvagens devem ser mantidos em seus ambientes naturais. Não pode ser considerado cultura essas condutas de violência e maus-tratos em que esses animais são submetidos para diversão do homem, o circo pode ter seu entretenimento, existem várias formas para isso, a retirada dos animais não irá descaracterizar o circo, a vida desses animais está acima de qualquer atitude cultural e de qualquer ato de diversão.

4 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRIMES CONTRA FAUNA DA LEI 9.605/1998

A lei de crimes ambientais, lei 9605 de 1998, é um dos instrumentos que visa tutelar os direitos dos animais, entretanto é notório que existe uma grande

desproporcionalidade na aplicação da lei, é justamente esse ponto que irá ser abordado logo abaixo, que trata justamente de alguns preceitos secundários dos crimes contra fauna que são irrelevantes, inexpressivos do contexto em que estão inseridos.

Ratificando esse entendimento:

A Lei n. 9.605/98 veio completar o arcabouço legislativo de proteção ao meio ambiente.

Sua eficácia deve ser reconhecida não apenas a partir dos precedentes dos tribunais federais e estaduais, mas sim tendo em vista a existência do enorme número de acordos entre o Ministério Público e os poluidores, feitos diariamente nas comarcas existentes nos 26 estados brasileiros e no Distrito Federal. Cumpre, agora, torná-la mais efetiva, adequá-la às exigências dos tempos contemporâneos, por meio de reformas legislativas ou interpretações mais atentas à proteção constitucional prevista no art. 225 da Carta Magna. (FREITAS, 2006, p.14).

É de suma importância a análise do preceito, primeiramente o artigo 32:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela lei nº 14.064, de 2020).

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (LEGISLAÇÃO,1998).

Analisando o dispositivo acima citado, observa-se que a pena para quem maltratar, ferir, mutilar ou realizar experiência dolorosa ou cruel em animais é de apenas 3 meses a 1 ano de detenção, aumenta-se a pena de um sexto a um terço se sobrevém a morte. É lamentável o estágio a que o sofrimento físico intenso dos animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos é fixado é tão desproporcional que chega a ser inacreditável! Como, danificar uma planta de ornamentação de uma propriedade privada ou pública possui a mesma reprimenda penal do crime supracitado vejamos abaixo:

Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa. (LEGISLAÇÃO,1998).

Comparar o sofrimento físico consistente em maus-tratos, ferimentos, mutilação, experiência dolorosa cruel, de um ser vivo que tem sentimentos e sistema nervoso, a uma mera danificação a uma planta ornamental é uma afronta ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o objetivo não é desvalorizar as plantas ornamentais, elas também têm sua importância em nosso ecossistema e qualquer conduta ilícitas contra elas devem ser punidas, mas a questão é que existe uma discrepância muito grande quando tratamos de dor, a dor sentida pelos animais não existem nos vegetais, na medida que não possuem sistema nervoso .

Estabelecer que a danificação da beleza de uma propriedade está no mesmo nível de mutilar a pata de um mico, ou atacar um gato com pauladas, ou ferir, severamente um cachorro é inaceitável!

A desproporcionalidade da lei é muito grande, outro ponto a ser destacado conforme tipificado é punir a conduta culposa de quem danifica plantas em ornamentação, porém se um indivíduo mutilar ou ferir um animal de forma culposa, nada lhe acontecerá, isso significa dizer se uma pessoa por mera negligência, desatenção, falta de cuidado, passar com um carro em cima das plantas ornamentais presentes e uma propriedade ele será punido pelo direito penal, no entanto, se este mesmo homem, ao dirigir seu veículo, de forma negligente, mutilar a pata do cão, não lhe prestar socorro e abandonar no local do acidente nada será feito ele não terá praticado crime algum!

Na verdade, o que podemos observar é uma proteção incompleta insuficiente e descabida. Obviamente, que o poder judiciário e a própria doutrina indicam para que seja, o agente punido pela morte dolosa nas sanções do artigo 32, § 2º da lei, porque não haveria de ficar impune o indivíduo que assim age, reconhecendo a impropriedade técnica do legislador e que este, ao punir conduta menos gravosa, também desejou sancionar a maior.

Diante de todo esse contexto expresso, ficando evidente que a lei penal é falha pois não segue o mandamento constitucional instituído pelo artigo 225, §1º, inciso VII, a Carta Magna é clara e objetiva quando impõem ao legislador ordinário o dever de vedar práticas que submetam a fauna a destruição e crueldade. Dessa forma fica evidente que falta uma reprimenda penal, não havendo dúvidas que a tutela animal na lei de crimes ambientais é insuficiente, tanto pela ínfima quantidade de pena abstratamente cominada como, pela desproporção comparativa dos bens menos valiosos, logo, desacata o princípio da proporcionalidade e afronta a ordem constitucional.

5 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Os tribunais de todo o país, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), deixaram de se basear exclusivamente na legislação infraconstitucional para a defesa da causa animal, assegurando-se, agora, em disposição constitucional expressa, que por si só confere relevante segurança jurídica, tanto para os julgadores quanto para a sociedade como um todo com o objetivo da efetivação da tutela e proteção da fauna.

Os tribunais vêm construindo como base o art. 225 da constituição federal de 1988, um posicionamento que ratifica a proteção aos direitos dos animais. No Recurso Extraordinário nº 153.531-8, o Supremo Tribunal Federal, julgou o evento popular e de repercussão geral, que acontece na região Sul especificamente em Santa Catarina, conhecido como farra do boi (ritual em que consiste soltar o boi em um local ermo e assim o agredir e farrear o animal fazendo-o correr atrás das pessoas que o participam da prática) o evento só acaba quando o animal está exausto e machucado ao ponto de não mais se levantar. O recurso foi interposto com a finalidade de resolver um impasse nacional no âmbito constitucional em que ocorre o conflito entre a manifestação cultural versus a submissão dos animais a atos de crueldade, ambos direitos presentes em nossa constituição. Conforme a ementa logo abaixo:

COSTUME MANIFESTAÇÃO CULTURAL ESTÍMULO RAZOABILIDADE PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA ANIMAIS CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominada “farra do boi”. (BRASIL, 1997, p. 388).

Citando o ministro Francisco Rezek:

Há coisas repulsivas aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, narradas por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com primado da constituição no que se refere a proibição da crueldade para com os animais. Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso. (REZEK, 1997, p. 400).

Claramente podemos observar que a visão do Ministro Francisco Rezek, no caso narrado foi voltada completamente para a visão biocêntrica, repudiando a crueldade sofrida por aqueles animais, com o evento da farra do boi, o mesmo demonstra em sua decisão a preocupação e a proteção constitucional e o bem-estar do animal que está acima de qualquer evento meramente cultural.

O ministro Marco Aurélio manifestou em seu voto um ponto de vista que o tribunal apoia a manifestação cultural, com ressalvas a vedação à condutas cruéis:

A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. E ainda reforçou:

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o sacrifício do animal. (AURÉLIO, 1997, p. 414).

O posicionamento do Ministro Marco Aurélio é voltado para a visão antropocêntrico, visando a satisfação do homem no tocante ao direito à cultura, que também é resguardado pela constituição federal o mesmo até enfatiza a questão da vedação a crueldade, mas ao mesmo tempo defende a manifestação cultural ficando claro o seu entendimento.

Portanto a decisão do Ministro Presidente Néri da Silveira foi a seguinte:

O STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior, eis que a quaestio iuris está adequadamente discutida em via recursal apropriada ao exame desse tema, em face da Constituição. Ora, é de entender, destarte, que o acórdão recorrido, invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, in fine, da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido. Dele conhecendo, dou-lhe provimento, para julgar a ação procedente e, em consequência, determinar que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art.225, inciso VII, da Constituição, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida. (SILVEIRA,1997, p.419).

É fácil identificar opiniões diferentes sobre a temática do caso acima julgado, um ministro tem a tendência de uma visão antropocêntrica e o outro uma visão mais

biocêntrica, porém a decisão do ministro presidente ratificou a tutela dos animais amparado pelo texto constitucional, ficando claro uma visão biocêntrica voltada para proteção animal contra atos de crueldades e não a questão cultural voltada à satisfação do homem, por mais que a manifestação cultura seja livre, ela não pode sobressair frente ao direito de proteção dos animais contra tratamentos cruéis, previsto no art.225 inciso VII da Constituição Federal.

No dia 17 de Dezembro de 2019, foi ajuizada uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 640) pelo Partido Republicano da Ordem Social (PROS) que tem como objeto os dispositivos artigos 25 §1º e § 2º da Lei de Crimes Ambientais Lei (9.605/1988) e os artigos 101,102 e 103 do Decreto 6.514/2008 referente à destinação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos apreendidos em decorrência de abuso e maus-tratos. A ação tem como objetivo pleitear, que o Supremo elimine qualquer interpretação da lei e do decreto que autorize o abate de animais, com a finalidade de proteger o direito fundamental ao meio ambiente.

A Advocacia Geral Da União após tomar ciência da ação interposta pelo Partido Republicano da Ordem Social (PROS), pediu ao Supremo o indeferimento da ação constitucional, alegando que a concessão da medida cautelar interposta pelo autor representaria um grande risco ambiental e para saúde pública e ressaltou em seu pedido que o animais podem ser transmissores do COVID-19 e que seria correto atender as devidas medidas sanitárias, o abate desses animais e caso esses animais mantivessem vivos estariam causando um grande risco para saúde pública.

Decisão da liminar deferida Ministro Gilmar Mendes:

Ante o exposto, com base no art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99, e art. 21, V, do RISTF, defiro a medida cautelar pleiteada para: a) determinar a suspensão de todas as decisões administrativas ou judiciais, em âmbito nacional, que autorizem o sacrifício de animais apreendidos em situação de maus-tratos; b) reconhecer a ilegitimidade da interpretação dos arts. 25, §§1º e 2º da Lei 9.605/1998, bem como dos artigos 101, 102 e 103 do Decreto 6.514/2008 e demais normas infraconstitucionais, que determina o abate de animais apreendidos em situação de maus-tratos. Solicitem-se informações, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 6º da Lei 9.882/99, às autoridades judiciais responsáveis pelos atos questionados, ao Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Agricultura e Ibama. Em seguida, cite-se o Advogado-Geral da União e abra-se vista dos autos à PGR, pelo prazo comum de 5 (cinco) dias (art. 103, §3º, da CF/88 e art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/99). Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se. (MENDES,2020).

O Ministro relator Gilmar Mendes Deferiu a Liminar em 30 de Março de 2020, requerida pelo Partido Republicano da Ordem Social (PROS) sua fundamentação foi que a liminar reconhece a ilegitimidade da interpretação dos artigos 25 §1º e § 2º da lei 9.605/1998 (lei de crimes ambientais) e bem como os artigos 101,102 e 103 do decreto 6.514/2008 (Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente) e outras normas legais e infralegais que trate sobre o abate dos animais. Em seus fundamentos o ministro ressaltou a proteção constitucional, admitindo o cabimento da ADPF 640, para impedir que decisões judiciais, possibilitem violação aos preceitos fundamentais, segundo o Ministro o animal deve retornar ao seu habitat natural ou serem entregues ao zoológico ou para entidades semelhantes para que ali eles possam amparados com devidos cuidados, sobre responsabilidade de técnicos habilitados.

Contrapondo a todos esses entendimentos acima mencionados, o STF teve um posicionamento diferente, e declarou constitucional a lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos, trata-se de uma sessão ocorrida em 28 de Março de 2019, Recurso Extraordinário 494.601, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande Do Sul, contra a decisão do Tribunal de Justiça Estadual que autorizou a prática de relação religiões de matriz africana desde que sem excessos e crueldades, sendo vedado os maus-tratos e condicionando o abate ao consumo da carne.

O Ministro Relator Marco Aurélio entendeu que proibir o sacrifício dos animais na prática religiosa estariam impedindo o direito fundamental que é justamente a liberdade religiosa, o que pode ser observado nessa decisão é claramente uma visão antropocêntrica do Supremo em que prevalece o direito fundamental do homem e cultural contrapondo o direito à vida dos animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo aqui exposto, o presente artigo científico teve por escopo analisar a tutela jurídica dos animais submetidos a maus-tratos a luz do Supremo Tribunal Federal. A constituição Federal sem dúvidas foi determinante no que se refere ao tema quando atribuiu ao meio ambiente o status de direito fundamental, podemos perceber a evolução de forma gradual do texto constitucional nas garantias desses direitos tutelados, a partir desse momento, o legislador, o poder público, o poder judiciário e toda sociedade passaram a ter a obrigação de preservar o meio ambiente como um todo.

A visão biocêntrica garante a proteção aos animais, ou seja, acolhe os animais por sua natureza e não só por servir aos homens, ou seja, as formas de vidas são importantes na mesma medida, conforme visto esse é o entendimento de muitos doutrinadores e de julgados do Supremo Tribunal Federal, quando se deparam com controvérsias judiciais envolvendo a vedação à crueldade animal e o direito cultural do homem.

Evidenciou-se o dever do legislador de criar leis que promovessem de forma efetiva e adequada com o texto constitucional previsto no artigo 225 § 1º, VII, qual seja a vedação de tratamento cruel e de condutas de maus-tratos contra os animais. Devido à importância trazida pela constituição ao meio ambiente, a tutela deste bem passou a ser recebida pelo direito penal, isso porque direito penal é o instrumento que tutela os bens jurídicos relevantes estabelecendo sanções.

Dentro deste contexto que sucedeu a lei nº 9.605 de 1998 lei de crimes ambientais, observa-se a desproporcionalidade na aplicação da lei, a lei não foi eficaz para o fim constitucional da sua criação, ela cominou penas muito brandas para condutas extremamente reprováveis, chegando a comparar bens jurídicos de valores diversos com a mesma intensidade, como por exemplo animais que foram mutilados, submetidos a maus-tratos, feridos, violentados que sejam acolhidos penalmente da mesma forma que se tutela uma planta ornamental danificada, a lei foi tecnicamente precária, não teve razoabilidade, ficando claro uma proteção deficiente do bem jurídico ambiental em estudo e falta de adequação social.

Finalmente esperamos que essa pesquisa venha a contribuir de forma que possa despertar na sociedade que é necessário o agir para que se possa evoluir, é preciso reformar as sanções penais, reajustando as margens da pena de acordo com a gravidade de cada infração, é preciso um olhar mais humano para esses animais, lembrar que esses animais são seres vivos dotados de vida, afeto e sensibilidade. Tudo isso para que um dia o Brasil tenha uma legislação que efetivamente resguarde os animais, com crimes condizentes com a perversidade e a crueldade sofrida por eles, chega de farra do boi, chega de animais em circos, um basta à crueldade contra dos seres vivos! Por uma tutela jurídica melhor por um Brasil mais evoluído.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. Direito Dos Animais. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001. Ipid.,25, Ibid.,p.26.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Ibid., p.3, Ibid., p.74.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-8 SC. Julgado em 03 de julho de 1997.p.388 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em 11 de Agost. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-8 SC. Relator ministro Francisco Rezek. Julgado em 03 de julho de 1997.p.400 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em 11 de Agost. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-8 SC. Relator ministro Marco Aurélio. Julgado em 03 de julho de 1997.p.414 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em 11 de Agost. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-8 SC. Relator ministro Néri da Silveira. Julgado em 03 de julho de 1997.p.419 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em 11 de Agost. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental ADPF640. Gilmar Mendes. Medida liminar, sacrifício dos animais apreendidos em situação de maus-tratos. Julgamento: 2020/03/30. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5836739>. Acesso em: 24 Agost 2020.

DIAS, Edna Cardoso. A tutela jurídica dos animais. 1 ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, Ibid., p.156, Ibid., 157.

FERNANDES, Marcos Antônio Oliveira. Constituição da República federativa do Brasil. 21.ed, São Paulo: Rideel, 2015. Ibid., p.82, Ibid., 83.

FREITAS, Vladimir Passos de. A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente. Revista CEJ, v. 10, n. 33, 2006. Ibid., p. 5, Ibid., 15.

LEVAI, Laerte Fernando. Ética Ambiental Biocêntrica: pensamento compassivo a respeito à vida. In Visão Abolicionista: Ética e direitos Animais. São Paulo, 2010.p.124.

PRADA, Irvenia. A alma dos animais. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1997, Ibid., p.61, Ibid., Ibid., p.62.

**POSSÍVEIS CAUSAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO
REABANDONO NA ADOÇÃO**

Ísis Ponte Nerel Silva¹
Carmen Caroline do Carmo Nader²

RESUMO

O presente artigo busca apresentar as possíveis causas que levam os adotantes de menores em posição de abandono, a “devolverem”, ou seja, reabandonarem essa criança e/ou adolescente para a instituição governamental que cuida de abrigar e acolher os menores deixados por pais, familiares ou parentes de vínculos biológicos, em meio a adoção, seja no período de convivência e adaptação ou até mesmo depois da efetivação da adoção dada pelo juiz na sanção do processo. Demonstrar o malefício e os transtornos que tal ato pode provocar, assim como a problemática que recai por sobre o mundo jurídico e psicológico, onde precisam responsabilizar os causadores desses atos assim como acompanhar o crescimento desse menor para que possa reduzir os problemas adquiridos durante o segundo abandono em sua vida.

Palavras-chave: Reabandono. Adoção. Devolução. Menor. Criança e adolescente.

**POSSIBLE CAUSES AND THE RESPONSABILIT CIVIL OF THE
SECOND ABANDONMENT IN ADOPTION**

ABSTRACT

This article seeks to present the possible causes that lead adopters of minors in a position of abandonment. To “return”, that is, to abandon again this child and/or adolescent to the governmental institution that takes care of sheltering and welcoming minors left by parents, family members or relatives of biological ties, in the midst of adoption, either in the period of coexistence and adaptation or even after the adoption of the adoption given by the judge in the sanction of the process. Demonstrate the harm and inconvenience that such an act can cause, as well as the problem that falls on the legal and psychological world, where they need to hold responsible for these acts as well as monitor the growth of this child so that he/she can reduce the problems acquired during the second abandonment in life.

Keywords: Adoption. Devolution. Smaller. Child and teenager. Second abandonment.

¹ Graduanda em Direito da Universidade Iguazu.

² Orientadora do trabalho. Coordenadora da Pós graduação em Criminologia e Segurança Pública e Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade Iguazu. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Iguazu. Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu. Membro do Conselho Consultivo da Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Iguazu. Presidente da Comissão de Direito das Famílias da OAB/RJ Subseção Nova Iguazu/Mesquita. Vice-presidente do IBDFAM Nova Iguazu. Membro da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB-RJ.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre possíveis causas de reabandono (devolução) do menor adotado ou em fase de convivência que precede o trânsito em julgado do processo de adoção. É possível então identificar que o assunto se encontra dentro do tópico da adoção, como uma prática de algo visivelmente maléfico parar a criança e/ou adolescente que se encontra no polo passivo dessa relação e com isso a longo prazo o prejuízo a sociedade e o mundo jurídico indireta ou diretamente.

A busca sobre o tema se dá pela pouca visualização da sociedade sobre a adoção e com isso fala-se menos ainda sobre o reabandono, os traumas e a problemática que o mesmo pode causar ao menor e como dito anteriormente a todo o seu redor. O conhecimento maior sobre o tema exposto é buscado para que deixe de ser algo oculto da sociedade e possa ser um novo ponto de acolhimento social e luta pelas crianças que sofrem frequentemente com esse choque abrupto em sua primeira infância e adolescência, estruturando assim melhores cidadãos em sua completa maioria, tanto pelos que lutam para erradicação do reabandono para os que sofrem com essa prática.

Temos como hipóteses a questões centrais o delimitar e entender as causas que possam justificar a ação de reabandono ocasionada pelos adotantes, que se posicionam em local de polo ativo em meio a essa nova relação judicial que desconfigura os laços afetivos e desmembra a família que estava estabelecendo a destituição do poder familiar, é para que posteriormente possa ser desenvolvido um programa de práticas que junto com os passos da adoção deem fim a essa ação negativa e venha diminuir, ao invés de aumentar como tem sido mais frequente, pensando no bem do menor que se encontra nessa deplorável situação de ser abandonado e rejeitado mais uma vez.

O objetivo geral desse artigo é trazer para a sociedade os indícios das possíveis causas do reabandono para que possa ser identificado ou corrigido antes que a adoção seja praticada ou finalizada por meio de determinação judicial, elevando o prejuízo na vida e nos direitos do menor adotado quanto os objetivos específicos é demonstrar a seriedade do processo de adoção e do acompanhamento de equipes especializadas disponibilizadas pelo Governo, assim como no tratamento do menor posterior ao reabandono e maior seriedade ao aplicar sanções aos casos em que o reabandono seja efetivo por não existir outra medida para cumprir os direitos do adotado.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

Adoção é a realização e efetivação do poder familiar reestabelecido na vida de uma criança e/ou adolescente que é deixado por sua família biológica. Todo o processo de adoção envolve regras básicas para todos os polos desse negócio jurídico. Cada parte tem devidamente seu procedimento a seguir, e o Estado, por deter a tutela de um menor tendo dever de visar o bem estar e assegurar os direitos fundamentais do infante, garantidos pela legislação do país, faz com que a parte adotante siga corretamente o procedimento estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA para que possa efetuar a adoção por completo.

1.1 Procedimento

O processo de adoção é gratuito, realizado na Vara da Infância e da Juventude da comarca competente. Além de ser necessário passar por alguns passos para efetivação da adoção, existem duas características primordiais a serem cumpridas, para que possa começar o procedimento necessário, que são: a idade mínima de 18 anos e deve-se respeitar a diferença de 16 anos entre o adotante e o adotado. Confirmadas essas duas características o adotante pode se habilitar a adoção, respeitando as formalidades previstas no Art. 197-A/E do ECA, e com isso realizar cada passo do procedimento até a efetivação da mesma.

Os procedimentos da adoção consistem na Junção de todos os documentos necessário – originais e cópias para passar pra fase da Análise dos documentos que passarão por autuação do cartório e posteriormente remetidos ao Ministério Público, necessitando então da Avaliação da Equipe Interprofissional que o Poder Judiciário disponibiliza para avaliar o(s) adotante(s), conhecer as motivações da adoção, orientar o(s) postulante(s) da ação de adoção, etc., tendo então a participação do Programa de Preparação para Adoção que visa oferecer conhecimento sobre a adoção, fornecer informação para que se decidam com segurança sobre o processo de adotar uma criança e/ou adolescente, oferecer preparo para superarem possíveis dificuldades com o adotado em meio a convivência inicial, entre outras possibilidades.

A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990).

Análise do Requerimento pela autoridade judiciária é fornecida após o estudo

psicossocial, e a partir da certificação do programa anterior citado e do parecer do Ministério Público o juiz proferirá sua decisão levando os adotantes ao Ingresso no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, perante a sentença favorável do juiz quanto a habilitação, é dada entrada no sistema nacional com os dados do postulante e colocados em ordem cronológica pela data da sentença, logo após começa a Busca de um Menor para a nova Família, que após a compatibilidade dos dados fornecidos pelo adotante com o menor instalado no sistema é informado ao postulante sobre a criança e/ou adolescente, para que a autoridade do caso decida se irá se aproximar do menor, a equipe técnica e multidisciplinar fazem a ligação de ambas as partes com as visitas ao abrigo onde o menor se encontra e muitas vezes permite pequenos passeios para maior conhecimento entre elas, sendo positiva a nova vinculação passa então para o momento de Construir Novas Relações que tendo sido bem-sucedida a etapa anterior se dá início a convivência, com o menor indo morar com a família adotante com prazo devidamente estabelecido como previsto no Art. 46, “caput” da Lei 8.069/90 o ECA: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.” (BRASIL, 1990)

Com o devido acompanhamento de toda equipe multidisciplinar oferecida pelo Poder Judiciário e o último dos procedimentos é a formação de uma Nova Família quando “Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência.” Art. 19-A § 7º do ECA, para que possam propor adoção da criança e/ou adolescente, sendo tudo favorável o juiz concede a sentença e determina confecção de nova Certidão de Nascimento com sobrenome e nome dos pais adotivos, recebendo todos os direitos conferido a um filho.

2 REABANDONO

O reabandono é um ato que vem em constante crescimento, a muito tempo conhecido como “devolução” não é algo decorrente somente dos últimos anos e não é encontrado um motivo específico para sua efetivação.

Assim como a adoção o reabandono tem uma linha temporária e explicativa da sua ocorrência, a quebra do poder familiar, a perda de visão e cumprimento do dever para como adotado, são práticas que ao longo dos anos acompanham a trajetória do mesmo,

marcando este ato na decorrência da história do país.

2.1 Breve Histórico no Brasil

A adoção consiste no ato de estabelecer um vínculo de filiação, que é inexistente até o momento e que não há relação biológica. É trazer para o meio familiar um terceiro sem ligação sanguínea para que este seja parte do meio tanto quanto um filho biológico, com todos os direitos e deveres de um membro da família. Esta equiparação veio a partir da Constituição Federal e com o avanço das Leis durante o tempo.

O que na maioria das vezes não é apresentado nem pensado é a questão da devolução do menor no meio do processo adotivo antes da sentença, ou seja, ainda no estágio de convivência, muito menos posterior a adoção.

Sabemos que hoje a adoção é um ato irrevogável, não se “devolve” uma criança como se objeto fosse, mas nem sempre foi assim. Em muitas culturas era possível a “devolução” à família biológica (THOMÉ, 2018, s/p.), ou seja, quando não satisfeitos com o menor adotado ele retornava para família biológica, sofrendo mais uma vez um abandono afetivo, rompendo a filiação existente. Essa prática teve fim no Brasil no ano de 1965, quando surgiu a Legitimação adotiva. Porém, foi em 1990 com o ECA que todas as formas de adoção se tornaram irrevogáveis.

O Ano de 1965 se concretiza sendo marca histórica para a evolução do quadro do reabandono, já que foi a partir deste que essa prática teve seu fim. Definindo como irrevogável a adoção legitimamente no artigo 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069), que expressa: “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e/ou adolescente na família natural ou extensa” (BRASIL, 1990)

“Não há estatísticas oficiais, no entanto, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção de Santa Catarina revelou, em 2011, que cerca de 10% das crianças abrigadas em situação de conflito familiar no estado seriam oriundas de adoções que não deram certo.” (GHIRARDI, 2013?), essa pesquisa representa a incidência de crianças já reabandonadas e a dificuldade de se adaptarem e adequarem em novo ambiente familiar, evidenciando a abrangência da situação psicológica que afeta sua vida daquele momento em diante.

A Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, decidiu por maioria, ratificando uma sentença monocrática, condenar casal por danos materiais e morais em razão da “devolução” do menor ao abrigo (RIEDE, SARTORI, 2013, p. 9),

mostrando a efetivação das legislações que com o tempo se inovaram e que cada vez mais defendem os interesses da criança e assim também quando se referem aos adotandos.

Já em 2019 temos por decisão seguir a irrevogabilidade da adoção, mas que com o interesse de evitar o arrependimento do adotante pode acarretar em prejuízo para os direitos do adotado:

EMENTA. FAMÍLIA. ADOÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. REGRA QUE VISA À PROTEÇÃO DO ADOTADO.

1. O

interesse processual está consubstanciado na necessidade de provimento jurisdicional como único meio de anular o processo de adoção que, apesar de sua regularidade formal, não atendeu ao melhor interesse do adotado. 2. O processo de adoção, embora revestido das formalidades legais, não atendeu ao princípio do melhor interesse da criança, tampouco ao princípio da proteção integral, objetivos da CF e do ECA, porquanto a adotante, para obter êxito no processo, mascarou seu real objetivo, qual seja, explorar o trabalho infantil. 3. A irrevogabilidade da adoção tem como objetivo evitar o arrependimento do adotante, acarretando, com isso, prejuízos aos interesses do adotado, em cujo benefício deve ser invocada.

(TJ-DF 20160130027785 - Segredo de Justiça 0002790-87.2016.8.07.0013, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 17/07/2019, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/07/2019 . Pág.: 448/453).

Mesmo sendo ato irrevogável, podemos observar que essa prática existe, sendo esta chamada de reabandono, quando da renúncia dos pais aos filhos adotados, trazendo a realidade do ato praticado para a vida do menor em questão, finalizando a filiação e o laço familiar.

2.2 Possíveis causas da Adoção Errônea

Quando um casal se une com ideal de estruturar uma vida e futuro juntos, em grande maioria, é possível enxergar a idealização de um filho, para que só assim possa ser possível completar o poder familiar e manter a relação de afeto por completo, essa é uma visualização muitas vezes imposta pela sociedade.

Muitos casais sem saber podem ser formados com um deles tendo problemas biológicos que atrapalhem a concepção do feto, sendo assim interrompem esse tão planejado filho e sonho da família estruturada, dando a sensação de algo incompleto, de “uma peça a menos no quebra-cabeça”. “Sem filhos a vida não tem sentido” (RIEDE; SARTORI apud MALDONADO, 2013, p. 35).

Esse casal então resolve entrar na fila de habilitação para a adoção, tendo a vontade de preencher a lacuna que acreditam estar faltando com o menor adotado, colocam toda a idealização de perfeição na criança e/ou adolescente que virá integrar a família, depositam sobre uma vida com falhas a expectativa de sucesso e felicidade plena.

A ideia da adoção surge como a esperança da grande promessa de recuperação do sentido da vida, pondo fim ao tédio, ao vazio, à solidão e à sensação de inutilidade. Aí estão as raízes das grandes expectativas com relação à criança adotada, colocada na posição de herói-salvador.” (MALDONADO apud RIEDE; SARTORI, 2013, p. 5).

Tomando essa atitude por base emocional aflorada, esses adotantes não conseguem imaginar um ser humano com defeitos, cargas emocionais afloradas, bagagem psicológica, sem senso de convivência familiar, necessidades psicológicas e de acompanhamento a longo prazo, quando um ou mais desses itens se aflora, os problemas e transtornos chegam destruindo a idealização da perfeição, “Há pessoas que sonham com o ‘filho ideal’ e, quando confrontadas com os desafios de educar uma ‘criança real’, não dão conta de lidar com ‘imperfeições’ que, em filhos biológicos, seriam toleradas.” (AZEVEDO, 2011), com isso surge então o ato de “devolução”, por parte da intolerância, a instituição governamental que o assistia anteriormente.

A devolução ocorreu sem nenhuma explicação aceitável, mas deixou claro que o menino estaria dando trabalho e que estiveram em crise conjugal, culpando a criança por isso. Queriam adotar a menina, mas como não foi permitida a separação dos irmãos, adotaram também o menino, desenvolvendo por ele sentimento de rejeição e hostilidade. (RIEDE; SARTORI, 2013, p. 8).

A grande burocracia, a longa fila de espera, os medos e preconceitos a respeito da adoção são fatores que dificultam o processo e causam frustrações. Neste contexto encontra-se o exame psicológico como determinante para o sucesso da adoção, bem como o acompanhamento e o preparo emocional aos adotantes e, quando possível, dependendo da idade, do adotado, a fim de evitar insucessos e até mesmo uma possível devolução da criança. (RIEDE; SARTORI, 2013, p. 10).

Além da personificação da perfeição, os traumas advindos de bagagem psicológica, os problemas naturais constantes do crescimento da criança e do adolescente, intolerância dos adotantes para com o menor, a não mobilidade para a necessidade da criança e/ou adolescente, o não cumprimento com os direitos, a vontade de preencher lacunas impostas implicitamente pela sociedade para então “completar a família”, são as possíveis causas mais frequentes e visíveis tomadas pelos adotantes durante o período de convivência e em casos até mesmo depois da sanção dada pelo juiz

em favor da adoção.

3 REABANDONO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Com o avanço das leis e do tempo é possível enxergar a diferença de objetivo dada a adoção, que deixou de ser para suprir a necessidade que os adotantes tinham de formar uma família que não pode ser constituída por meios comumente existente, por meio biológico, agora então passa a ser visto principalmente a necessidade do menor, criança e/ou adolescente, de ser colocado na instituição familiar e ser resguardado seus direitos.

Ainda assim existem aqueles que abandonam seus filhos, sejam eles biológicos ou não, que pensam na destituição do poder familiar, mas é além de cruel ilegítimo tal prática principalmente quando da adoção, quando querem “devolver” o adotando pela não compatibilidade, pelos problemas que podem surgir. “Nos casos em que os filhos causam graves danos, morais ou físicos, aos pais, não é possível a “desfiliação”, portanto não seria justo que a adoção pudesse ser desconstituída. Entende-se que o vínculo de filiação é inalterável, sendo ele por adoção ou por nascimento.” (SILVA FILHO, 2012, p. 222-223 apud THOMÉ, 2018, s/p.).

“Quando não ocorre o estabelecimento de um vínculo afetivo familiar de fato entre adotantes e adotado, poderá ocorrer um duplo abandono, ou a “devolução” da criança, que passa a ser vista como ‘problema’ porque nascido de ‘outra barriga’” (RIEDE, SARTORI, 2013, p. 3) esse pode ser citado como uma das possíveis causas de reabandono após a adoção.

Fernando Freire com breves palavras consegue deixar claro pontos importante desse meio de pesquisa que agrega e engrandece o tema proposto, quando explicita as situações de ambos os lados dessa relação jurídica:

Ainda hoje, crianças e adolescentes vivem o drama de serem “devolvidos”, “devolvidos ao remetente” no dizer de uma adolescente. Poucas experiências humanas serão tão dolorosas quanto esta, e não apenas para as crianças, mas também para os pais, forçados a admitir o seu fracasso a sua incapacidade para o exercício de uma paternidade adotiva responsável. Consequência final de uma longa série de erros, a devolução de crianças entregues em adoção representa, muitas vezes, a falta de preparo de alguns adotantes, a falta de preparo dos técnicos na orientação dos candidatos, a inexistência ou a ineficiência dos meios de apoio às famílias adotivas em crise. A devolução representa também o reconhecimento de que o amor, sendo elemento essencial, não é suficiente para enfrentar os desafios de todas as adoções, e ainda mais, aqueles inerentes às adoções tardias, inter- raciais, de grupos de irmãos e de crianças com necessidades especiais. (FREIRE, 2008, s/p).

Quando se fala nas consequências que o reabandono pode representar na vida do menor adotado, Guilherme Carneiro apresenta muitos pontos analisados que são apresentados por essas crianças e adolescentes:

Ainda que não se admita a ocorrência de “abandono afetivo” por ausência de laços afetivos entre adotante e adotando (o que se admite apenas para argumentar!), é certo que a famigerada conduta causa abalos no adotando, que ultrapassam o mero dissabor ou aborrecimento, merecendo a devida reparação. Nesta remota hipótese, o aresto acima colacionado serve de reforço retórico à necessidade de se proporcionar ao jovem o retorno ao status quo ante, ou ao menos, minimizar os trágicos efeitos desta “rejeição”.

A desistência de uma adoção, iniciado o estágio de convivência, é ato que indubitavelmente causa prejuízos nefastos ao adotando, que alimenta em si a esperança de que o ato será levado a cabo. A criança/adolescente, com a sua pureza, inocência e tranquilidade, não pode esperar algo diverso, sobretudo tendo um histórico de conflitos por conta de uma paternidade absolutamente irresponsável. Não seria capaz de exercer uma reserva mental acerca de seus sentimentos. (REZENDE, 2014, p. 94).

O menor quando adotado já possui uma bagagem psicológica que está ligada diretamente a sua família biológica e ao primeiro abandono sofrido, isso também dificulta a integração com a nova família, essa que terá diariamente um trabalho de socialização e saber que nem toda criança e/ou adolescente será de fácil comunicação. Os adotantes têm de ter em mente a possibilidade de acompanhamentos psicológicos e que podem enfrentar barreiras até que exista esse laço de afeto, se estabeleça a confiança e a comunicação entre todos os membros desse novo lar.

Se o primeiro abandono já causa grandes transtornos ao menor, quando se fala do reabandono o transtorno é ainda mais evidente, o psicológico das vítimas dessa relação é ainda mais exposto e fragilizado, trazendo as mais diferentes consequências entre elas a mais notável é quando do retorno desse menor ao lar de acolhimento ele se torna mais arredio, introspectivo, fragilizado, como relatado por Jane e Giana sobre um caso concreto no Estado de Minas, “O ato perpetrado pelos pais adotivos de devolver o menor traumatizou-o, já que esse passou a ter traços agressivos e de insubordinação, apresentando inclusive dificuldade no processo de aprendizagem” (RIEDE; SARTORI, 2013, p. 8-9), esses são um entre outros comportamentos que junto ao fator da idade o colocam na lista de menor probabilidade de adoção, causando maior lotação desses acolhimentos e deixando essa criança e/ou adolescente sem mais perspectivas de nova família, o deixando para se integrarem a sociedade quando completarem a maior idade, sem ideal familiar e com mais transtornos que uma criação adequada o privaria de ter.

A idealização de novas formas de penalização e indenização dessa prática auxiliariam na maior seriedade do processo da adoção, assim como tirariam a impunidade da prática, dando resultados positivos com a queda da frequência do reabandono e maior perspectiva pros adotados, dando segurança de um novo lar e uma nova família sem a sombra da ameaça de ser abandonado mais uma vez.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO REABANDONO NA ADOÇÃO

Sabemos que a adoção pode ser efetuada por qualquer pessoa, desde que esta se encaixe devidamente nos requisitos para tal ato, que não se pode lesar os direitos de nenhuma das partes desse negócio jurídico e que depois de devidamente conferida por juiz, é um ato irrevogável, conforme expresso no artigo 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069).

Por si só o começo do período de convivência, para o menor em estado de adoção, já o garante esperança e expectativa de que dali em diante ele fará parte de uma família legítima, quando “devolvido” gera total frustração o levando ao abandono afetivo, configurando também o reabandono na vida do infante, que de acordo com o Eg. Tribunal da Cidadania pode ser reparado por danos morais. Como pode ser visto na seguinte jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso

especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012 apud REZENDE, 2014, p. 92).

Conforme a doutrina, podemos identificar como estágio de convivência:

[...] tem como função verificar a compatibilidade entre adotante e adotando. Ele deve ser acompanhado por estudo psicossocial que tem por finalidade apurar a presença dos requisitos subjetivos para a adoção (idoneidade do adotante; reais vantagens para o adotando e; motivos legítimos para a adoção). (ROSSATO apud REZENDE, 2014, p. 94).

Surgindo com a necessidade de averiguar como será constituída a convivência do novo meio familiar e adaptação do menor, assim como se seus direitos e necessidades serão devidamente efetuadas, já que sobre os adotantes existe um vasto procedimento que o permite chegar até tal momento desse caminho.

A criança e/ou adolescente não possui nenhum tipo de responsabilidade ou culpa sobre seu reabandono, já que nesse meio a parte capaz e maior é a do adotante, configurando então responsabilidade civil do mesmo. Como muito bem colocado por Guilherme Carneiro “Sendo a criança/adolescente vítima de um ato irresponsável dos postulantes, que, assumindo o risco e as dificuldades da adoção, a levaram à sua companhia, é que se cogita da possibilidade de responsabilização dos adotantes na esfera civil.” (REZENDE, 2014, p. 95). Porém tendo a avaliação positiva do abalo psicológico e todas as problemáticas advindas desta relação fracassada existe então a possibilidade da “devolução” do menor adotado ao Estado, este que só recebe a criança e/ou adolescente para que dessa forma possa o proteger e conferir seus direitos básicos que não foram efetivados pela família adotante. Ficando assim a responsabilização civil para aqueles que entendiam a delicadeza do ato da adoção e ainda sim colocaram o menor em uma situação de mais agravantes.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também se põe favorável a responsabilização aos adotantes com a obrigação de indenizar as vítimas, assim como no caso concreto:

Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, “devolver” ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou

simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da “devolução” de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudobenefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das leis civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes. Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os interesses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas. (TJ-SC - AC: 208057 SC 2011.020805- 7, Relator: JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/09/2011, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Gaspar).

Nesse caso concreto dois irmãos foram adotados juntos e com o passar do tempo da convivência a mãe adotante quis se desfazer da adoção de uma das crianças alegando incompatibilidade. O Relator já afirma desde então que a adoção é irrenunciável, mas que cada vez mais tem sido ocorrente e o Estado se vê na necessidade de acolher esse menor em função dos maus tratos psicológicos que agora o assolam com mais vigor. A sanção do pagamento da indenização se torna a possibilidade de desestimular os adotantes a efetuarem essa prática.

Em um outro caso ocorrido e julgado no Estado de Minas Gerais é possível visualizar a responsabilidade civil recair sobre os adotantes, estes que por sua vez também, não só negligenciam as necessidades e direitos do menor como o agridem.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos.

Trata-se de “Ação Civil Pública” ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de M. P. S. e R. A. S., em favor de V. H. C. S., alegando que o menor, em 9 de março de 1999 foi entregue aos requeridos, sob a forma de guarda, tendo sido ajuizado o pedido de adoção no mês de outubro de 1999, com o deferimento em 26 de setembro de 2000. Afirma que, no dia 6 de julho de 2001, a criança foi

devolvida a Instituição Missão Criança, ressaltando que, segundo relatos de psicólogos e assistentes sociais, o menino era rejeitado, agredido, humilhado, por seus pais além de ter sido abandonado física, material e moralmente, o que ensejou o ajuizamento da ação de destituição do o poder familiar, com sentença judicial publicada em 23 de abril de 2009, sem a interposição de qualquer recurso, postulando a condenação dos suplicados ao pagamento de indenização por dano moral e material, visto que agiram, “no mínimo, de forma negligente, ao criar a expectativa para o adotando de que o mesmo seria aceito e respeitado efetivamente, como filho do casal, o que não ocorreu” (fl.8), com a fixação de alimentos até que a criança complete vinte e quatro anos.

Foi deferida a liminar, condenando os requeridos a pagarem ao adolescente, alimentos provisionais/ressarcitórios no valor de 15% dos rendimentos líquidos (fls. 52/64), que foi objeto de Agravo de Instrumento n°. 1.0702.09.568648-2/001 ao qual foi negado provimento por esta 8ª Câmara Cível do TJMG (fls. 107/120) (TJ-MG - AC: 10702095686482002 Uberlândia, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 10/11/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2011).

Conseguimos enxergar uma atividade punitiva maior no que se encontra exposto no Art. 197-E, § 5º:

A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente. (BRASIL, 1990).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cumpre corretamente o exposto no artigo acima citado, deixando claro que não basta somente a exclusão do casal no cadastro de adoção, como também se deve vedar nova admissão deste mesmo casal condenado a inclusão no cadastro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DECISAO QUE DETERMINA A EXCLUSÃO DE CASAL DOS CADASTROS DE ADOÇÃO E VEDA FUTURA HABILITAÇÃO. ART. 197-E, §5º, DO ECA. 1. Devendo-se priorizar os interesses de crianças e adolescentes, que buscam crescer numa família com alicerces sólidos e estáveis de afeto, deve ser mantida a exclusão do casal dos cadastros de adoção, porque as provas que embasaram a decisão (e que motivaram o novo acolhimento institucional da criança e o julgamento de improcedência da ação de adoção, em cognição exauriente e em observância ao devido processo legal) indicam suficientemente a inaptidão do casal para o exercício da função parental, haja vista os fortes indícios de maus tratos físicos e psicológicos praticados contra a criança (inclusive suspeita de abuso sexual). 2. Não se olvida que o art. 197-E, §5º, do ECA, com a entrada em vigor da Lei 13.509 de 2017, passou a prever expressamente a vedação de renovação da habilitação como medida sancionatória impositiva, somente afastada mediante decisão judicial fundamentada.

Ainda assim, decisão nesse sentido deve observar as regras processuais que garantem o contraditório e a ampla defesa. No caso dos autos, verifica-se que houve cerceamento do direito de defesa dos agravantes, razão pela qual... merece reforma, no ponto, para fins de afastar a proibição de futuras habilitações, devendo a questão ser decidida observando-se o devido processo legal. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento nº 70077466423, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/08/2018, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2018).

Diante disso é necessário maior ênfase no cumprimento existente na legislação, fixação correta do valor dos danos morais, para que possa ser então cumprido a necessidade do menor que é a real vítima de toda a situação, que precisa posteriormente de acompanhamento para que não reste ou não se agrave seu traumas psicológicos e o assombrem dali em diante.

Com isso podemos pensar que a sanção de um ato tão violento e que causa tantas marcas prejudiciais em suas vítimas, precisa de mais vigor em sua aplicação, para que futuramente não se torne além de tudo uma banalização dos danos morais e ainda por cima uma leviandade a adoção que é de extrema seriedade e importância tanto no mundo jurídico como no psicológico, para o menor que se encontra em meio a adoção, para adotantes que buscam corretamente e com seriedade a efetivação desse ato formando sua família, e também para o próprio Estado que protege e rege o bem comum da sua população.

CONCLUSÃO

Após pesquisar sobre o tema, descobrir nuances que acontecem em meio a adoção, quando enxergamos o que é o ato do reabandono e vemos que cada vez mais o assunto tem sido frequente, atitudes como a de busca sobre causas para que possam existir meios de pôr fim a tais práticas tem tido crescimento. Buscar entender, saber e aprofundar para selecionar os casos e reduzir os impactos e incidência.

Crianças e adolescentes são resguardados pelo ECA e pela nossa Constituição, seus direitos devem ser protegidos e levados a sério, não só por eles serem o sinônimo de continuidade da sociedade, também por representarem um ser humano possuidor de direitos e deveres que devem ser resguardados por todos a sua volta até que atinjam sua capacidade total e plena, já que devido à pouca idade não o fazem sozinhos.

A interação do mundo jurídico com a psicologia nesses casos é nítida, pois ambos andam

29/10/2020.

EMENTA. Agravo de Instrumento. Acolhimento Institucional. Decisão que Determina a Exclusão de Casal dos Cadastros de Adoção e Veda Futura Habilitação. Art. 197-E, §5º, do Eca. (Agravo de Instrumento nº 70077466423, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/08/2018, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2018). Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/as-consequencias-juridicas-da-devolucao-de-criancas-adotadas-no-brasil/>. Acesso em: 29/10/2020.

EMENTA. Apelação Cível. Poder Familiar. Destituição. Pais Adotivos. Ação Ajuizada pelo Ministério Público. Adoção de Casal de Irmãos Biológicos. Irrenunciabilidade e Irrevogabilidade da Adoção. Impossibilidade Jurídica. Renúncia do Poder Familiar. Admissibilidade, Sem Prejuízo da Incidência de Sanções Cíveis[...]. (TJ-SC - AC: 208057 SC 2011.020805-7, Relator: JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/09/2011, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Gaspar). Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civil-ac-208057-sc-2011020805-7/inteiro-teor-20441960>. Acesso em: 19/10/2020.

EMENTA. Família. Adoção. Interesse processual. Princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da proteção integral. Irrevogabilidade da adoção. Regra que visa à proteção do adotado. (TJ-DF 20160130027785 - Segredo de Justiça 0002790-87.2016.8.07.0013, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 17/07/2019, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/07/2019 . Pág.: 448/453) Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/734708700/20160130027785-segredo-de-justica-0002790-8720168070013?ref=serp>. Acesso em: 31/03/2020.

FREIRE, Fernando. As crianças que já não têm família. 2008. Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/portal/cao/padrao/exdout.php?id=129>. Acesso em: 01/04/2020.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. Devolução de crianças adotadas. ISSUU. 13/12/2016. Disponível em: https://issuu.com/primaveraeditorial/docs/devolucao_de_criancas_adotadas. Acesso em: 30/03/2020.

GHIRARDI, Maria Luiza. Devolução de crianças adotadas. SENADO. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>. Acesso em: 31/03/2020.

IBDFAM. Casos de devolução de crianças adotadas revelam deficiência o sistema e na lei. 10/06/2015. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%Aancias+no+sistema+e+na+lei>. Acesso em: 30/03/2020.

JUSBRASIL. O que é adoção. Disponível em: <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/410528102/o-que-e-adocao>. Acesso em:

30/03/2020.

LAVOR, Thays. Criança devolvida, pai arrependido: o drama das adoções que dão errado. BBC. 03/06/2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40464738>. Acesso em: 30/03/2020.

MONTES, Rayssa Fernanda Coro. Adoção Ato de Amor e não Caridade Social. JUS.COM.BR. 06/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66798/adocao>. Acesso em: 30/03/2020.

MPPR. ADOÇÃO – Decisão judicial condena devolução de crianças adotadas. 12/07/2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2019/07/152/ADOCOA-Decisao-judicial-condena-devolucao-de-criancas-adotadas.html>. Acesso em: 30/03/2020.

REZENDE, Guilherme Carneiro. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba, vol. 1, nº1, pág. 81- 103, 2014. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/revista_mppr/Revista_MPPR_virtual.pdf. Acesso em: 02/06/2020 e 11/10/2020.

RIEDE, J. E.; SARTORI, G. L. Z. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. 27/07/2013. Disponível em: http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf. Acesso em: 02/06/2020.

SILVA, Camila Edith da. Efeitos jurídicos e psicológicos da evolução de crianças adotadas. IBDFAM. 15/05/2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+da+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas++>. Acesso em: 30/03/2020.

SILVA, Nelson Mendes da. A irrevogabilidade da adoção e o princípio do melhor interesse do adotado. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/NelsonMendesdaSilva.pdf. Acesso: 30/03/2020.

THOMÉ, Majoi Coquemalla. De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos. IBDFAM. 09/08/2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandonamento+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>. Acesso em: 30/03/2020.

**O FENÔMENO DO TERRORISMO NO BRASIL: TRATAMENTO PENAL E
HISTÓRICO**

Nathália Alves Bellusci Figueiredo¹

Pedro Otavio De Freitas Junior²

RESUMO

O presente artigo relata como se deu o histórico do terrorismo no Brasil, desde a sua origem até o advento da Lei Antiterrorismo, que só adentrou no ordenamento jurídico brasileiro em 2016. Também se analisou a origem etimológica da palavra terrorismo. Deu-se também a análise das modalidades do delito de terrorismo destacando suas principais características e formas de atuação. O artigo também trouxe a Lei Antiterrorismo ao analisar seus aspectos e fundamentos mais importantes, além de críticas e divergências doutrinárias que surgiram com a lei. O objetivo foi traçar uma compreensão do fenômeno desde o seu surgimento na História assim como suas formas atuais. Foi feita uma profunda reflexão desde a Constituição Federal que citou levemente o tema até o surgimento da Lei, que entrou no ordenamento jurídico de forma tardia e que despertou ainda mais dúvidas sobre o terrorismo, seja por parte dos estudiosos ou dos operadores do Direito. O método utilizado neste presente trabalho foi o bibliográfico em concordância com o que o direito internacional e o brasileiro adotam. Foi necessário compreender como o direito internacional entende o tema e como os países se adaptaram a esse crime dentro de suas próprias especificidades. O Brasil assim como a maioria dos países seguiu o conceito adotado pelos estadunidenses, inclusive nas questões penais, tipificando até mesmo atos de preparo do crime. É inclusive um crime taxado na lista dos crimes equiparados aos crimes hediondos no ordenamento jurídico brasileiro. Se analisou profundamente este tema tão complexo.

Palavras-chave: Terrorismo. Brasil. Lei Antiterrorista.

**THE PHENOMENON OF TERRORISM IN BRAZIL: PENAL TREATMENT
AND HISTORIC**

ABSTRACT

This article reports the history of terrorism in Brazil, from its origin to the advent of the Antiterrorism Law, which entered the Brazilian legal system in 2016. The etymological origin of the word terrorism was also analyzed. The modalities of the crime of terrorism

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Iguazu.

² Possui graduação em DIREITO pela Universidade Iguazu (1993), Pós-Graduação lato sensu Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (2004), Pós-Graduação lato sensu Civil e Processo Civil (2002) pela Universidade Iguazu. Atualmente é professor e coordenador da Comissão de Mediação e Arbitragem, vinculado ao Centro de Formação Profissional da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Iguazu. Mestrando do Curso de Mestrado Profissional Multidisciplinar em Desenvolvimento Local da UNISUAM.

were also analyzed, highlighting its main characteristics and ways of acting. The article also brought the Anti-Terrorism Law, analyzing its most important aspects and foundations, in addition to criticisms and doctrinal differences that arose with it. The objective was to trace an understanding of the phenomenon since its emergence in history, as well as in its current forms. A deep reflection was made from the Federal Constitution, which briefly cited the matter until the Law came into being, which entered the legal system late and raised even more doubts about terrorism, whether by academics or legal operators. The method used in this work was the bibliographic according to what international and Brazilian law adopt. It was necessary to understand how international law understands the issue and how countries have adapted to this crime within their own specificities. Brazil, like most countries, followed the concept adopted by the Americans, including in criminal matters, including typifying acts of the crime preparation. It is even a crime listed on the list of crimes equivalent to heinous crimes in the Brazilian legal system. This complex topic has been thoroughly analyzed.

Keywords: Terrorism. Brazil. Anti-Terrorism Law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho vai abordar como tema geral a problemática do terrorismo no Brasil, passando pelo seu histórico global e nacional, desde a ausência de legislação, passando pelo surgimento de dispositivos legais vagos até chegar na Lei Antiterrorista criada em 2016. A intenção deste trabalho é desmistificar a lei e trazer o fenômeno do Terrorismo para a realidade brasileira, pois há um grande desconhecimento por parte da maioria da população local acerca dessa temática.

Tratar sobre o terrorismo no Brasil com todas as suas especificidades além de usar a lei antiterrorista e o direito internacional comparado como respaldo para entender a problemática do fenômeno terrorista. Entender o seu histórico no Brasil até a sua efetivação com a Lei Antiterrorista e compreender o porquê de se tratar de uma conduta tão cheia de complexidades.

Apurar as características detalhadas do terrorismo e suas modalidades, que são diversas, se fará presente neste trabalho. Explicar por meios de fundamentos e análises históricas, políticas e sociais o contexto do surgimento das primeiras legislações, ainda muito vagas, acerca do tema até chegar na referida Lei Antiterror que foi um grande marco deste fenômeno no Direito Penal Brasileiro. Perceber por meio de correntes doutrinárias que mesmo com a lei há muitos questionamentos existentes sobre o assunto, por se tratar de um crime complexo. Identificar possíveis soluções para as lacunas deixadas pela lei.

Conhecer acerca da própria legislação é de extrema importância para um indivíduo capacitado na sociedade. E, apesar de tantos temas debatidos no ordenamento jurídico brasileiro, havia um vazio sobre o terrorismo. O estudo sobre o instituto é recente no país, apesar da conduta ser identificada desde as mais antigas civilizações. E mesmo que o Brasil não tenha grandes ocorrências de casos de terrorismo, há uma lei que tipifica a conduta e já houve casos praticados no território nacional. O tema se justifica porque há muito desconhecimento das pessoas e até de operadores do Direito sobre o Terrorismo no país e a legislação pertinente. Se trata de um tema complexo e que se tornou bastante relevante para o Direito Penal Brasileiro, por isso entender a prática e desconstruir certos achismos é necessário. Trazer a questão do fenômeno terrorista para a realidade do país a fim de situá-lo no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância.

1. O TERRORISMO

O terrorismo é um fenômeno histórico que existe desde os exórdios. É caracterizado como a difusão de atos que causam terror, com objetivo de atingir determinada finalidade, seja política ou ideológica. Um ato de terrorismo é exercido coletiva ou individualmente, contando com o medo das vítimas para obter uma finalidade ilícita destinada a garantir a hegemonia de um determinado grupo.

Conforme afirma Dotti:

O terrorismo pode ser definido como a prática do terror como ação política, buscando atingir, através da violência, objetivos que poderiam ou não ser estabelecidos em função do exercício legal da vontade política. Tendo como suas principais particularidades: a indeterminação do número de vítimas; a generalização da violência contra pessoas ou coisas; o extermínio, a vontade de combater o inimigo predeterminado e a paralisação da vontade de reação da população. (DOTTI, 2002, p.27).

É comum pensar que um feito terrorista é apenas o praticado com rumo religioso, geralmente por radicais de países do Oriente Médio, uniformizando a ideia exclusiva da figura do “homem-bomba”. Porém, a ação terrorista vai muito além, abarcando ideias inclusive políticas, e pode ser praticada em qualquer lugar do planeta, não somente em uma região.

Se baseia principalmente no medo que causa aos civis, e se utiliza dos mais variados meios para a concretização do seu objetivo, que é espalhar o terror por meio da violência.

1.1 Origem do Terrorismo

Entender a derivação de uma palavra é fundamental para compreender os seus objetivos e a sua verdadeira essência. A palavra “terrorismo” vem do latim “terrere”, que significa causar medo, aterrorizar. Refere-se ao uso planejado e metódico da violência com objetivos, na maioria dos casos, políticos ou ideológicos, normalmente, por meio de coação e coerção, com intuito de desestruturar a sociedade e seu governo. (FRAGOSO, 1981).

Sua história começa na Grécia Antiga e em Roma, evidenciando o histórico de ataques terroristas. Porém, só no século XX, devido a sofisticação do poder de fogo e dos meios de comunicação, que a organização, planejamento e execução desses atos criminosos foram favorecidos. Hoje, há correntes que tratam o terrorismo como um regime político adotado por determinados grupos que se pauta em ações de violência, dificultando ainda mais a compreensão sobre este fenômeno.

A primeira aparição da palavra “terrorismo” foi feita na obra “Letters on a Regicide Peace”, de Edmund Burke cujo trabalho era sobre a Revolução Francesa, que era conhecida como “Período do Terror”. Acreditava-se que o terror os levaria à libertação (FERNANDES, 2016).

A definição de terrorismo disseminou-se por muitos países sendo conhecido como “guerrilha” ou “guerra irregular” em alguns, de acordo com Fernandes (2016). Ou seja, uma forma de resistir e defender seus ideais de modo não comum para a época, onde todo conflito virava uma guerra. Ademais, apesar de não ter artimanhas militares, esses grupos planejavam sequestros, ataques e até armadilhas, não ficando inertes.

2. O TERRORISMO NO UNIVERSO JURÍDICO BRASILEIRO

Cada país possui definições e tratamentos jurídicos próprios baseados em suas experiências, além do fato do *iter criminis* do tema gerar diversas dúvidas até para estudiosos do assunto.

As ações de terror confrontam diretamente a Constituição Cidadã de 1988 e seus princípios e garantias, como a vida, os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, sendo assim renegado na Carta, mesmo não tendo havido tipificação (SILVA, 2017).

O terrorismo não era um ilícito previsto em nossa legislação, apesar de se fazer presente no Direito Internacional. Com isso, veio a Lei nº 13.260/2016, a Lei Antiterror, porém, antes dela, os doutrinadores possuíam concepções distintas acerca do assunto. Por isso que há muitas discussões sobre a temática.

No Brasil ocorreu o chamado terrorismo de Estado, no período do golpe militar de 1964. Na década de 60, militares deram um golpe na oposição política, o que resultou num golpe militar e um regime parecido com o fascista, em menor proporção.

Para Guimarães (2007) dentre todas as formas de terrorismo, a que se faz presente na realidade do país é a fundada em grupos organizados criminalmente. Ou seja, mesmo que por hora não se tenha registros de crimes religiosos e políticos, há a efetiva consolidação do crime organizado, que por inúmeras ocasiões se verificou no país, compreendendo até mesmo autoridades. O autor enuncia que o crime organizado do país não se opera, em seu todo, do terrorismo, ainda que haja condutas próximas a ele. Faz remissão, ainda, para a existência de uma forma de organização criminosa bem “abrasileirada” cuja organização é inferior e não tem a presença de membros da administração pública, baseada em controles criminosos onde delinquentes comuns se juntam para planejar grandes revoltas em prisões, comandar o tráfico de drogas a partir das unidades prisionais, organizar fugas e majestosos resgates de detentos.

Ainda segundo ele, estes grupos, posto que não sejam construídos como organizações criminosas relevantes, não possuem um nome específico, mas não perdem a característica da organização e continuam disseminando o terror pela sociedade e pelo governo, valendo-se de ações terroristas que lembram atentados. Essas atuações, por serem fragilizadas, são felizmente incomuns, e de menor escala, porém, não deixam de causar medo, principalmente após os acontecimentos. São exemplos atos do Comando Vermelho (CV) no Rio de Janeiro e do Primeiro Comando da Capital (PCC) na maior cidade do Brasil.

Para o professor Paulo Sutti (2003), no território brasileiro, a falsa sensação de que o país é livre de atentados diminui a atenção que a temática requer, esvaindo-se às discussões doutrinárias e controvérsias do pavor, mesmo sendo um fenômeno presente em todo o mundo. Por isso, esta é a razão de sua extrema relevância, já que o terrorismo

faz parte da matéria penal e que exige ser pesquisado, consoante ao Direito Penal Internacional.

A Lei de Combate ao Terror, Lei nº 13.260/2016, só entrou em vigor no ano de 2016, dois anos após o Brasil ter sediado uma Copa do Mundo e dias antes do país sediar as Olimpíadas de 2016. Nosso país permaneceu muito tempo sem uma definição unificada para o terrorismo, causando diversos tipos de opiniões, porém nos dias de hoje isso serviu para analisar como era antes e depois do advento desta.

O renomado autor Greco assim definiu os atos terroristas:

(...) são, via de regra, executados valendo-se do fator surpresa, ou seja, são atos covardes, em que a violência é exercida sem que haja possibilidade de defesa. Da mesma forma, o terrorismo importa em uma maneira especial de agir, infundindo uma sensação geral de terror, de pânico, tendo em vista que a população em geral sempre ficará apreensiva devido ao fato de desconhecer onde será o próximo ataque, qual será o próximo alvo. (GRECO, 2016, p.94).

Se aquele ato não causou na população um sentimento de medo, pode-se dizer que o objetivo dos terroristas não foi alcançado, pois seu principal fundamento que é o “causar temor”, não foi atingido.

Segundo Paulo (2017), o modo de agir do terror se vale dos sequestros, homicídios, explosões a bomba, agressões físicas, linchamentos, pressões psicológicas e qualquer outro ato a fim de causar medo, estes, acabam por amedrontar, não somente aos afetados, como também a população que presencia tais atos através dos veículos de comunicação. Quem comete esse crime deseja enfraquecer governos e alcançar objetivos que envolvem poder econômico e relativo às influências de forma ampla.

No Brasil, o universo jurídico brasileiro careceu de lei própria que criminalizasse o terrorismo até 2016, quando adveio a Lei nº 13.260/2016. Muito tardio, para um país que até então só mencionou o terror na Constituição, ao garantir o anteparo dos princípios violados pelo delito, e na Lei de Segurança Nacional trazendo o termo “atos de terrorismo”, embora sem qualquer tipificação.

Assim pensa o autor Moraes:

Não obstante a ausência de tipificação do delito de terrorismo no ordenamento pátrio, ante a possibilidade de que a infração antecedente seja praticada em outro país, poder-se-ia cogitar da possibilidade de aplicação do dispositivo quando o crime de terrorismo fosse praticado no exterior, em país em que tal conduta fosse tipificada. (MORAIS, 2002, p.11).

Com base no princípio da Reserva Legal, onde não existe crime sem lei anterior que o defina, a situação era preocupante, tendo em vista, a inexistência do delito de terrorismo em nosso universo penal. Logo, se alguém cometesse tal conduta, essa seria atípica para a legislação penal.

Em virtude da redemocratização do Brasil, no início dos anos 90, ocorre o primeiro Projeto de Lei que visava tipificar o terrorismo, devido a ausência de tipificação da conduta, que se fazia muito necessário. O Projeto de Lei nº 4.783/1990 dispunha sobre crimes em face do Estado Democrático e a Humanidade, e previa como condutas típicas: atentado contra a soberania, traição, atentado separatista, espionagem, tortura, terrorismo, dentre outras. O terrorismo foi assim definido por esse projeto à época:

Constitui crime de terrorismo o ato de:

I - Devastar, saquear, assaltar, explodir bombas, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, com dano ou perigo efetivo a pessoas ou bens, por motivo de facciosismo político-social, ou com o objetivo de coagir qualquer dos Poderes da República;

Somente neste inciso I é que o legislador se preocupou com o terrorismo, reservando os fins pelos quais as ações seriam levadas ao nível de terrorismo: por motivo de facciosismo político-social ou com a fim de coagir qualquer dos Poderes da República. A justificativa se baseou em estudos feitos sobre o terrorismo, assim como o Projeto foi proposto a partir de atos das Nações Unidas que o país aderiu, bem como na necessidade de promover princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, o repúdio à tortura ou qualquer outro tratamento humano degradante, punibilidade a qualquer ato atentatório aos direitos e liberdades individuais, entre outros.

2.1 O Tratamento do Terrorismo na Constituição Federal

A Constituição Federal faz duas leves referências ao terrorismo. No art. 4º, inciso VIII, onde é um dos norteadores da política externa do país com outras nações, que se trata do repúdio ao terrorismo e; no art. 5º, inciso XLIII, que o legislador tratou o terrorismo como crime inafiançável e impassível de graça ou anistia.

O Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL,1988).

É um breve tratamento para um crime tão complexo como o terrorismo, deixando lacunas e acumulando dúvidas sobre o assunto.

2.1.2 O TERRORISMO NA LEI Nº 8.072/90 – LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A Lei nº 8.072/90 concernente à legislação extravagante reconheceu a hediondez dos crimes considerados de extrema gravidade, que atingem valiosos bens jurídicos, assim considerados pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim, adveio a Lei dos Crimes Hediondos que elevou penas, impediu benefícios e impôs maior rigor a determinados delitos. Fez referência à conduta terrorista, em seu art. 2º, incluiu o terrorismo aos crimes equiparados a hediondos, com limites mais severos, por exemplo o regime de cumprimento de pena e com o terrorismo sendo insuscetível a anistia, graça ou indulto, segundo a redação do artigo.

O terrorismo recebe, para os fins processuais e de execução penal, o mesmo tratamento dos crimes hediondos. Se faz presente também a proibição ao benefício do instituto da liberdade provisória. Assim versa o artigo 2º:

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. § 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

É notório o tratamento penal agravado dado aos crimes hediondos e os equiparados aos hediondos, inclusive no que diz respeito a concessão de alguns benefícios.

Crimes hediondos são aqueles considerados como os mais graves de todos pelo legislador, possuem diferentes procedimentos nos âmbitos materiais e processuais, eles têm o status de repudiantes. O terrorismo na prática acaba sendo considerado como hediondo, segundo Nucci (2008, p.600), ao afirmar:

A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo somente não são considerados hediondos – embora sejam igualmente graves e

repugnantes – porque o constituinte, ao elaborar o art. 5º, XLIII, CF, optou por mencioná-los expressamente como delitos insuscetíveis de fiança, graça e anistia, abrindo ao legislador ordinário a possibilidade de fixar uma lista de crimes hediondos, que teriam o mesmo tratamento. Assim, essas três modalidades de infrações são, na essência, tão ou mais hediondas que os descritos no rol do art. 1º da Lei 8.072/90.

Nos crimes hediondos e equiparados, o cumprimento da pena se dá, de início, em regime fechado, havendo assim, a possibilidade da progressão de regime para essas espécies delitivas. Esse novo preceito dialoga com o princípio constitucional da individualização da pena, onde o artigo 5º, inciso XLVI, primeira parte, assim enuncia: “a lei regulará a individualização da pena” – embora os prazos para a progressão sejam diferenciados, mais extensos (2/5 para primários; 3/5 para reincidentes), mas isto se deve ao fato da gravidade dos crimes hediondos e seus assemelhados.

Em relação à possibilidade de o réu recorrer em liberdade, em função da gravidade da conduta, conforme indicação constitucional de tratamento mais rigoroso, é preciso que o juiz, querendo manter o acusado em liberdade, fundamente a decisão. Desta forma, não é vedada a possibilidade de permanecer livre o condenado por terrorismo, embora o magistrado deva esclarecer os motivos que o levam a tomar tal medida.

2.1.3 LEI FEDERAL Nº 13.260/2016 (LEI ANTITERRORISTA)

A Lei nº 13.260/2016 traz na sua essência as tipificações das condutas que são consideradas terroristas, além dos desenrols processuais e das devidas sanções.

Regulamentou a conduta disposta na Carta Constitucional vigente, em seu art. 5º, inciso XLIII, abordando sobre investigação e processo, incluindo também a definição de organização terrorista, contendo também definições que vieram a reformular concepções vagas de outros dispositivos legais não específicos acerca do crime.

Atribuiu à Polícia Federal a tarefa de realizar procedimentos de investigação e a competência é da Justiça Federal para a condução do processo na Justiça.

Art.11. Para todos os efeitos legais, considera -se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal (BRASIL, 2016).

Esta Lei ainda garantiu medidas assecuratórias e alienação antecipada de bens, direitos ou valores. Tendo por pena o período de 12 a 30 anos, além de penas relacionadas

à ameaça e violência. Uma das disposições mais severas da lei supracitada trouxe no bojo do seu artigo 2º, §1º, inciso I, a sanção para quem portar bombas e apetrechos de risco capacitados de articular grande destruição. Também ficou definido que o terrorismo é tipificado por estas práticas:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - Atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência. (BRASIL, 2016).

No caput, corroborando a ideia de confusão técnica por parte dos aplicadores da lei, estão descritos acima os itens que circunscrevem atos terroristas, e não as organizações do terror de fato. Primeiro apresenta as intenções do agente, para depois narrar o seu preceito primário. Há a presença necessária de três elementos para que se configure uma determinada ação como terrorista, os preceitos primários foram estabelecidos no §1º.

O principal critério relacionado ao terrorismo presente em doutrinas internacionais e que estavam presentes nos projetos de lei anteriores, que é o facciosismo político, não foi levado em consideração nesta lei. O processo de criação da lei foi muito influenciado por ideologismos políticos em contraposição a estudos internacionais. É um grande erro ir contra ao que o resto das nações entende como terrorismo, uma vez que tal ato é globalizado, como já visto.

Interpreta-se da Lei nº 13.260/2016 que determinadas ações só serão caracterizadas como terrorista se: causar terror societário ou espalhado, causando perigo a pessoa, bens patrimoniais, e a paz ou incolumidade públicas. Os legisladores acabaram deixando de levar em consideração o *modus operandi* utilizados pelas Organizações Criminosas que se fazem presentes no território brasileiro, e se assemelham ao terrorismo internacional, configurando o tipo de terrorismo chamado Terrorismo Criminoso ou Terrorismo Criminal.

Atenção ao §2º, que funciona como uma cláusula de exclusão em proteção aos atos de manifestação popular, justamente para deixar expresso o não cerceamento à liberdade de expressão.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

O artigo 3º refere-se à aceleração da imputação para atingir o indivíduo que busca fundar organização terrorista e aqueles que desta participarem, imputando pena de cinco a oito anos e mais multa.

Em mesmo sentido, o artigo 5º elucida acerca dos atos preparatórios, além de incriminar o aliciamento e treino de terroristas:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - Recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - Fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Ao prever acerca de questões como a preparação de atividades terroristas, a captação de recursos e a disponibilização de material para atos terroristas, o legislador

teve como inspiração o conceito adotado pelos estadunidenses. O artigo 6º dispõe a respeito dos instrumentos destinados às práticas:

Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei:

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.

Apenas três meses após sua entrada em vigor, a lei antiterror foi usada pela primeira vez para efetuar prisões na chamada Operação Hashtag, que prendeu diversos suspeitos de planejar atentados terroristas durante as Olimpíadas no Rio de Janeiro. Culminou na Ação Penal nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR que foi responsável por prender doze suspeitos. Foi conduzida pela Polícia Federal e contou até mesmo com a ajuda do FBI americano.

A primeira fase dessa operação aconteceu em meados de 2016, quinze dias antes da abertura das Olimpíadas. Foram expedidos doze mandados de prisão contra indivíduos, cujas comunicações já vinham sendo monitoradas, acusados de envolvimento com o Estado Islâmico e de planejar um atentado terrorista a ser realizado durante os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro. Os principais indícios contra os suspeitos foram mensagens em redes sociais, não havia uma arquitetada organização por parte deles. Existia sobre eles a acusação de atos preparatórios a fim de cometer atentados terroristas, e para que estes fossem presos, a criminalização desses atos foi a maior chave para efetuar as prisões.

Nesse sentido, afirmou o então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes “não vamos esperar um milímetro de ato preparatório para agir, por mais insignificante, vai ter operação rápida e dura” (Istoé, 2016). Percebe-se uma preocupação por parte dos aplicadores da lei de não demorar a agir, por mínimo que seja o ato. Na mesma ocasião, o próprio Alexandre de Moraes reconheceu se tratar de uma célula “absolutamente amadora e sem preparo” (Istoé, 2016).

Ainda assim, o MPF apresentou denúncia contra oito dos suspeitos, em setembro daquele ano. Foram todos acusados pela promoção de organização terrorista (art. 3º, Lei

nº 13.260/2016) e Leonid El Kadre de Melo, líder do grupo, foi acusado também de recrutamento para participação de organização do terror (art. 5º, Lei nº 13.260/2016). Além da Lei Antiterrorismo, também foram todos acusados por associação criminosa (art. 288, Código Penal) e alguns deles por corrupção de menores (art. 244-B, Lei nº 8.069/1990). Em sentença prolatada em 4 de maio de 2017, o Juiz Federal Marcos Josegrei da Silva, titular da 14ª Vara Federal de Curitiba, acolheu as alegações constantes nas denúncias apresentadas pelo MPF. Foram absolvidos os réus apenas das acusações por corrupção de menores e, o líder do grupo foi condenado a 15 anos de prisão, pelos crimes de associação criminosa, promoção de organização do terror e recrutamento a fim de praticar atos terroristas. Todas as acusações fundadas na Lei Antiterrorismo foram acolhidas sob a justificativa de que:

A análise da extensa peça inicial [...] evidencia, sem sombra de dúvida, a materialidade delitiva do crime do art. 3º da Lei nº 13.260/2016 relativamente às postagens de vídeo, fotos, mensagens de estimulação e materiais alusivos a organização terrorista, em páginas abertas ou grupos fechados de internet, redes sociais, Facebook, programas de troca instantânea de mensagens, dentre outros.

Para as alegações de que os atos não passavam de manifestações da liberdade de expressão e que não implicavam em ações efetivamente de promoção do Estado Islâmico, assim ressaltou o Juiz Marcos Josegrei da Silva:

Não há necessidade de comprovação de especial fim de agir ou da presença de dolo específico, bastando o simples ato de promover organização terrorista por meio de atos inequívocos que demonstrem externamente a adesão aos seus ideais e a sua respectiva externalização voluntária. As teses de que as postagens e diálogos dos acusados de conteúdo extremista não passavam de expressão de curiosidade religiosa, meras bravatas ou brincadeiras não podem ser aceitas como justificativas aptas a excluir a tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade das ações. O tipo penal, por tudo que já foi esclarecido, se perfaz com o simples ato de promoção, por intermédio de uma das ações anteriormente descritas.

Considerou-se ainda que a organização com a qual estavam envolvidos era de fato uma organização terrorista, com base no conceito do artigo 2º da Lei nº 13.260/2016. O julgador se fundou, principalmente, em resoluções do CSNU, não se valendo unicamente de uma avaliação própria e independente. É estratégia interessante no sentido de se minimizar a subjetividade da interpretação dos termos daquela definição e evitar sua aplicação naqueles contextos em que manifestou preocupação.

Com o encerramento dos inquéritos, foi pedido o indiciamento de mais 8 indivíduos. O MPF apresentou, em junho de 2017, denúncia contra cinco deles, com base em investigações que ocorreram após o oferecimento da primeira denúncia. Atuavam, segundo o MPF, como um grupo paralelo àquele liderado por Leonid El Kadre, mas em contato constante. Sua forma de atuação era bastante semelhante, utilizando as redes sociais e ferramentas de troca de mensagens, para discutir e planejar ações. Os cinco denunciados foram acusados, assim como aqueles já condenados, por integrar organização do terror com base no art. 3º da legislação. Um sexto indivíduo, já havia sido previamente condenado por promoção de organização terrorista e foi acusado, nessa segunda denúncia, por associação criminosa (art. 288, Código Penal).

Foi interposta apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, porém este manteve a condenação por maioria dos votos, a defesa ainda contou com a possibilidade da mudança da decisão com base no voto da Desembargadora Claudia Cristofani que defendeu que as condutas foram atípicas, mas não foi suficiente para convencer a soltá-los. Em 2019, quatro dos detidos impetraram Habeas Corpus, mas foi negado pelo relator Desembargador Federal Luiz Carlos Canalli.

3. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS DO TERRORISMO

Ao abordar um tema polêmico e confuso como o do presente artigo, é notório que existam posições divergentes de autores sobre o problema. Como exemplo, há correntes que tratam o terrorismo como um regime político adotado por determinados grupos que se pauta em ações de violência, dificultando ainda mais o entendimento sobre ele. Existem países que o tratam como uma “guerrilha” ou “guerra irregular”, uma forma de luta e defesa de seus ideais de modo não convencional para a época, onde todo conflito era denominado uma guerra.

Para Guimarães (2007, p. 30) "O Brasil não tem sofridos efetivos atentados terroristas no período mais recente". Segundo ele, dentre todos os tipos terroristas, o que se faz presente na realidade do país é o baseado em organizações criminosas. Ou seja, mesmo que por hora não se tenha registros de crimes religiosos e políticos, há a consolidação do crime organizado, que por diversas vezes se faz presente no país, compreendendo até mesmo autoridades e a cúpula de algumas esferas da administração pública. A própria CF adotou o conceito usado pelos americanos, configurando crime não só o ato em si, mas toda a preparação que levou ao ato.

Cada nação possui seu próprio conceito sobre o terrorismo. Os bens jurídicos tutelados do terrorismo são: a segurança, a incolumidade e a paz do povo, ou seja, a ordem pública e a paz social.

Segundo Nucci (2008, p. 600) "A respeito de não ser nominalmente um crime hediondo, o terrorismo em verdade, na prática o é." Para ele, o terrorismo mesmo que não seja crime hediondo é tão grave e repugnante quanto, ao passo que, o legislador, ao construir o art.5º, XLIII, da Constituição, escolheu caracterizá-los como crimes não passíveis de fiança, graça e anistia. Assim, essas três infrações são, na sua origem, tão hediondas quanto os crimes elencados no rol do art. 1º da lei de crimes hediondos. Com isso, ao ser igualado a crime hediondo, não cabe anistia, graça e nem indulto ao terrorismo e muito menos os institutos da liberdade provisória e da fiança.

Salienta-se ainda que, os estudiosos da política e sociologia discorrem acerca do terrorismo estatal, aludindo-se que as leis penais atuais não reconhecem como terroristas os atos praticados por agentes públicos, já que, o Estado, na definição clássica do ordenamento brasileiro, é a entidade que possui o monopólio do uso legítimo da força. Práticas de dirigentes oficiais que sejam consideradas ilegais abalam a presunção de legitimidade no uso da força estatal, porém não se enquadrariam na definição de atos de terror, podendo configurar, a depender do contexto, abuso de poder, violações de direitos humanos ou até crimes de guerra (PAULO, 2017).

Há muitas divergências acerca da exata caracterização do comportamento terrorista, porém a Assembleia Geral da ONU, na Resolução nº 49/60 em fevereiro de 1995, parágrafo terceiro, definiu que a prática terrorista é constituída de atos ilegais intencionais ou premeditados para causar estado de terror no público, em qualquer grupo de indivíduos ou particulares. Por diversas vezes, essas condutas criminosas têm fins políticos, ideológicos, raciais, filosóficos, étnicos e religiosos, porém de maneira alguma devem ser tidas como legítimas, visto que, utilizam-se de práticas extremamente violentas para atingir suas finalidades (PAULO, 2017). Esse conceito mesmo sendo amplo, foi usado como base para diversas nações, pois o terrorismo envolve diversas práticas, dificultando uma unificação universal.

É por essa razão que o mais correto é se falar em “ações de terror” e não em terrorismo, pois não existe apenas uma única fonte de incentivo terrorista, possuindo fins diversos. Portanto, a corrente que este trabalho se baseia é a adotada pela maioria dos autores, que é aquela tratada na Lei Antiterror e fundamentada na definição da ONU e inspirada no conceito americano.

4. ESPÉCIES DE TERRORISMO

Esse fenômeno possui vastas vertentes complexas que precisam ser explicadas para o melhor entendimento. As principais serão tratadas a seguir.

O terrorismo indiscriminado não é direcionado contra alguém específico, mas visa causar medo a um conjunto indistinto de cidadãos, costuma ocorrer em praças, shoppings, restaurantes, bares e lugares com grandes aglomerações numa tentativa de se fazer ser notado pela autoridade local. Já o terrorismo seletivo, se objetiva em pessoas determinadas, cujas características enraivecem aquele grupo terrorista, suas práticas se baseiam no psicológico causando terror por chantagens emocionais e torturas. Como grande exemplo há o grupo Ku Klux Klan, que disseminava o racismo.

O terrorismo de Estado, é o “vindo de cima”, partindo da própria administração pública, impondo a ordem, tendo como exemplo o nazismo ocorrido na Alemanha, e outros regimes fascistas ou militares. Há também o terrorismo comunitário, fundado no terror grupal causado pelos civis contra o ente superior, “oriundo de baixo”. Caracteriza-se por agressivos protestos e atentados sem ordem.

O Terrorismo Cibernético conhecido como “Ciberterrorismo”, é uma modalidade recente e que vem crescendo. As informações armazenadas em sites podem vir a sofrer ataques dos chamados “cibercriminosos”, na figura dos “hackers”. Estes são recrutados por extremistas, a fim de perpetrar o terror com ataques a computadores e redes, serviços essenciais, bancários, energia elétrica, usinas nucleares dentre outros, para implicar pânico, mortes, acidentes, contaminação ambiental ou perdas econômicas. O Brasil abriga cinco dos dez grupos de hacker mais ativos do mundo. O mais agressivo deles é o “Silver Lords” e totaliza milhares de invasões a sites, segundo as estatísticas do Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil.

Com a dificuldade na atualização dos arcaicos dispositivos legais brasileiros e amparados pelo Princípio da Legalidade constitucional, os “cibercriminosos” continuam atuando e cada vez mais se aperfeiçoando tecnologicamente, propiciando um campo fértil para mais ataques ciberterroristas contra a população ou contra a infraestrutura nacional. Da mesma forma que a lei Antiterrorista foi criada devido a sua necessidade, a legislação brasileira precisa também se adaptar às novas modalidades de crimes, principalmente os virtuais, como o ciberterrorismo.

Por último, porém de grande importância, há o Terrorismo Criminal ou Terrorismo Criminoso, que é o praticado pelas organizações criminosas no país, e será abordado mais a frente com suas especificações.

5. AS AÇÕES TERRORISTAS DO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

Adentrando na questão das organizações criminosas no Brasil, há uma característica especial, pois facções envolvidas com o tráfico de drogas, citando como exemplo o Primeiro Comando da Capital (PCC) de São Paulo e o Comando Vermelho (CV) no Rio de Janeiro, praticam condutas terroristas, de acordo com estudos feitos comparando suas práticas com padrões internacionais, como bem afirma Eduardo de Oliveira Fernandes (2012, p. 13), podendo o lucro ser um dos objetivos almejados.

Apesar das motivações serem diferentes do terrorismo internacional, porém o *modus operandi* (explosões provocadas por artefatos plásticos, saques, incêndios e a imputação do medo e terror) são parecidas. Esses grupos criminosos possuem acesso fácil a armamentos pesados, como metralhadoras capazes de derrubar helicópteros e perfurar blindagem, além de granadas e fuzis oriundos de países como Paraguai e Argentina destinados a satisfazer o tráfico no RJ ou foguetes e fuzis de fabricação caseira (GOMES, 2009, p.2).

No caso brasileiro, as ações terroristas provocadas pelas organizações criminosas são pontuais e funcionam como mecanismos de pressão ao Estado, como impedir a transferência de determinada liderança da OC para estabelecimentos prisionais mais distantes dos grandes centros urbanos, afastar a atuação de organizações policiais de seus negócios ilícitos ou apenas demonstrar força e gerar medo na população (FERNANDES, 2012).

O aumento do desemprego e da população nas grandes cidades contribuem para o crescimento das organizações criminosas, visto que as pessoas convivem com estas, além de provocar um aumento no mercado de narcotráfico, bem como o eventual fortalecimento das facções criminosas.

Corroborando esse entendimento a constatação da quebra da Ordem Pública verificada no período compreendido entre os dias 12 e 19 de maio de 2006, quando a facção criminosa autodenominada Primeiro Comando da Capital, lançando mão de 373 atos de alcance terrorista, deixou as autoridades públicas atônitas e demonstrou o aparente despreparo do Estado para enfrentar situações desse tipo (FERNANDES, 2012, p. 19).

Analisando o comportamento do PCC, para muitos cientistas políticos fica claro que eles empregam um tipo de ação tipicamente terrorista, na qual não se visa o lucro, como em delitos comuns, mas sim disseminar o terror psicológico na sociedade. No combate físico, ocorre tiros e mortes, ocorrendo vítimas táticas. Porém estas se diferem das vítimas estratégicas, que é a preferência do PCC, que somos todos nós, os que ficam vivos e tem a consciência de que podem ser a próxima vítima.

O cientista político Saint Pierre afirma, que se fosse uma organização política, o PCC estaria procurando desarticular o tecido social para se apropriar do poder político. Mas, nesse caso, não há objetivo político. Eles querem ajoelhar a autoridade e obrigá-la a negociar sob suas condições. O cidadão fica desamparado, e o Estado cai em descrédito (SAINTPIERRE, 2006, p. 1).

É importante destacar nesse ponto, a divergência existente entre os referenciais de terrorismo estabelecidos pela legislação e doutrina estrangeira em comparação às finalidades estabelecidas pelo legislador brasileiro quando elaborou a Lei Antiterror em 2016.

Os atentados de alcance terrorista contra quartéis, órgãos públicos, autoridades públicas, autoridades policiais, incêndios criminosos de ônibus, assassinatos dirigidos a alvos previamente escolhidos e outros atos de mesmo potencial de violência, ocorridos em maio de 2006, no Estado de São Paulo, e praticados por integrantes de organizações criminosas e sob a ordem manifestamente ilegal de seus líderes, não podem ser simplesmente interpretados e definidos como crimes comuns (FERNANDES, 2012, pp. 81-82).

Há uma certa dificuldade em atingir um consenso interpretativo sobre esses eventos praticados. Pelas forças de segurança pública, as ondas de ataques podem ser vistas como ações terroristas; pela sociedade civil, somente como uma imposição de medo, terror e pânico; já para o governo, são entendidas como tentativas de desordem pública, já que a lei não lhes confere características mais graves do que as já existentes no Código Penal.

A diferença entre o terrorismo criminoso e o que acontece no cenário internacional com outros grupos terroristas é a de que, enquanto no Brasil os ataques não apresentam uma ideologia bem definida, apenas contra ações pontuais do governo, como a transferência de líderes das OC para o interior, em âmbito estrangeiro atua-se com ideologia definida: religiosa e/ou política. Os aspectos essenciais de uma ação terrorista são a premeditação, a motivação política e os alvos não combatentes, além dos policiais;

elementos esses que são encontrados nas ações do PCC. Para autores mais antigos, o PCC se encaixaria facilmente no delito de terrorismo, segundo a Lei de Segurança Nacional.

Importa ressaltar que com a edição da Lei 13.260/2016 as ações terroristas só serão aquelas tipificadas na lei, esvaziando por completo o diálogo até aqui apresentado, pois as motivações, fundamentos e objetivos das ações realizadas pelas organizações criminosas foram rechaçadas pelo legislador. Demonstra-se, novamente, a necessidade premente de alteração da redação da norma frente o cenário brasileiro atualmente.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, colocou o Estado brasileiro como garantidor da segurança pública através de forças de segurança, conforme consta em seu artigo 144. Toda atividade desenvolvida pelo Estado objetiva a plena realização plena do indivíduo, enquanto titular de direitos. A liberdade ocupa o primeiro lugar na hierarquia dos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos, e sem ela os outros direitos deixariam de fazer sentido. A liberdade individual é inerente à condição humana e de cidadão.

Nesse aspecto, no início da década de 1990 começaram a pipocar projetos de lei a fim de tipificar os atos terroristas, que até então apenas eram mencionados na Lei de Segurança Nacional de 1973. Com os atentados às Torres Gêmeas e ao Pentágono nos Estados Unidos, foi objeto de estudo e debate das forças de segurança, dando espaço a novas ideias. Paralelamente a isso houve um aumento dos homicídios no país no mesmo período, decorrente das ações do crime organizado.

Assim, fica evidente a importância do estudo acerca da criação de uma legislação que trate da prática terrorista no âmbito nacional. O ordenamento jurídico de um país não deve ser estático, já que o Direito está sempre evoluindo e acompanhando as mudanças no mundo. Um país que não possui um Código Penal atualizado vai sofrer as consequências de se ter uma legislação carente em aspectos importantes, como foi o caso do terrorismo até a criação de sua lei própria em 2016 somente.

A Lei Antiterrorismo é recente e precisa ser mais conhecida pela população e até mesmo pelos próprios operadores do Direito, que muitas vezes se esquecem que esta existe, com a ilusão de que o Brasil não sofre ataques terroristas. Um pensamento que não é compatível com a realidade, já que qualquer nação está sujeita a sofrer este crime. O

advento da Lei foi importante até mesmo para reforçar os dispositivos e princípios constitucionais que reiteram a luta contra as práticas terroristas.

As discussões acerca da problemática continuam sendo importantes, visto que ainda há lacunas na Lei, pois no seu conteúdo há muitos termos que são vagos e imprecisos em aspectos relevantes. No mais, fica claro também que o Brasil não possui condições de suportar um ataque terrorista, como o da modalidade cibernética, pois não há instalações e profissionais preparados para agir caso ocorra.

A Lei Antiterror também deixou carências no âmbito da prevenção, já que faltou mecanismos e estratégias para que o país possa evitar os ataques. Se trata de um planejamento especializado, contando com uma equipe de atiradores de elite, esquadrões antibombas, combatentes integrantes de forças especiais, entre diversas outras equipes. Faltou abranger as diversas modalidades do terrorismo, além de uma profunda análise sobre cada uma delas.

Percebeu-se com este trabalho que o fenômeno do Terrorismo não é recente, se prolongando pela História até os dias de hoje. Mostrou-se que mesmo havendo pontos divergentes sobre o tema, doutrinadores e legisladores estrangeiros convergiram sobre o *modus operandi* (utilização da violência e força, implantação do medo e terror, motivação político e/ou religiosa, ameaça, uso de armas de grande calibre, sequestros e explosivos). Verificou-se também que o Brasil possui um novo tipo de terrorismo, que é o Terrorismo Criminal, usado por organizações criminosas, com finalidades ilegais, objetivando o lucro.

Apresentou-se o *modus operandi* que organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital em São Paulo, vem se financiando, além de manter uma hierarquia de controle administrativo, espalhando medo e até ameaçando as forças de segurança do Brasil, além de possuir ações fora do país. Fica evidente que as organizações criminosas com suas ações ilegais podem ser comparadas a atuações terroristas, devendo estes grupos criminosos receberem a designação de organização do terror.

Por fim, espera-se que a Lei sofra alterações no futuro a fim de preencher tais lacunas, que de fato venham a solucionar os problemas e debates causados pelo assunto, já que a lacuna jurídica já foi preenchida com o advento da lei, mas está longe de satisfazer este tão complexo assunto, diante da necessidade premente de alteração legislativa acerca da inclusão de movimentos e ações relacionadas a organizações criminosas que atuam sob o véu de banditismo social, para atos de terror.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

DOTTI, René Ariel. Terrorismo e o Devido Processo Legal. **Revista Centro de Estudos Judiciários – RCEJ**, Brasília. Setembro, 2002.

FERNANDES, Cláudio. **Terrorismo.** 2016. Disponível em: <http://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/terrorismo.htm>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

FERNANDES, E. d. **O. As ações terroristas do crime organizado.** São Paulo: Livrus, 2012

Folha. UOL, 2016. **Suspeitos de terrorismo na Olimpíada são denunciados na Justiça.** [Online] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-no-rio/2016/09/1813894-suspeitos-de-terrorismo-na-olimpiada-sao-denunciados-a-justica.shtml> Acesso em: 10 de setembro de 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Terrorismo e Criminalidade Política.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

GOMES, R. C. **O crime organizado na visão da convenção de Palermo.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO, Rogério. **Leis Penais Especiais Comentadas.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Tratamento Penal do Terrorismo.** 1ª ed., São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

Lei Antiterrorismo. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

Lei de Segurança Nacional. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

MORAIS, Márcio. **Aspectos do combate ao terrorismo: prevenção e repressão legal no exterior e no Brasil.** 1ª ed., Florianópolis: Editora JusPODIVM, 2002. vol. 6.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAULO, Marcos. Terrorismo e o Estado Fundamental de Direito no Brasil. **Jusbrasil,** São Paulo. 2017. Disponível em: https://kinho431.jusbrasil.com.br/artigos/419642506/terrorismo-e-o-estado-fundamental-de-direito-no-brasil?ref=topic_feed. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

SAINT-PIERRE. Ato é "Terrorismo Criminal", diz analista. **Folha de São Paulo, Caderno Opinião,** São Paulo, p. 1. Agosto, 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0808200616.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

SILVA, Willian Barbosa Pimentel da. O lacunoso combate ao terrorismo no Brasil e a problemática adequação da Lei 13.260/16 à realidade doméstica. **Jusbrasil**, São Paulo. 2017. Disponível em: https://willpimentel.jusbrasil.com.br/artigos/496484735/o-lacunoso-combate-ao-terrorismo-no-brasil-e-a-problematICA-adequacao-da-lei-13260-16-a-realidade-domestica?ref=topic_feed. Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. **As diversas faces do terrorismo**. São Paulo: Editora Harbra, 2003.

GLOSSÁRIO

Iter criminis – caminho do crime

Modus operandi – modo de operação

**O AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO E A COLETA DE SEUS DADOS
ESTATÍSTICOS NA COMARCA FEDERAL DE NOVA IGUAÇU**

Thaíza de Freitas Rosa¹

Michelly Brandão Reis²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo tratar sobre o benefício previdenciário de auxílio-doença, com enfoque na coleta de seus dados estatísticos na esfera judicial (Comarca Federal de Nova Iguaçu), em razão de sua parcela significativa de contemplados na categoria de benefícios previdenciários. Através de pesquisas de cunho bibliográfico e de análise e coleta de dados, foi possível esmiuçar sobre o auxílio-doença previdenciário, e entender por meio de seus norteadores legais, doutrina e artigos científicos, quais são os requisitos e particularidades deste benefício. No quesito resultado, a pesquisa apresenta um tema de alta relevância social, demonstrando o que vem a ser este benefício previdenciário e além disso, um estudo minucioso baseado em estatísticas na esfera judicial, mais precisamente na Comarca Federal de Nova Iguaçu, RJ, onde se evidencia um quantitativo real de processos e seus respectivos resultados.

Palavras-chave: auxílio-doença previdenciário, estatísticas, benefício.

**THE BENEFIT OF SOCIAL SECURITY AID AND THE COLLECTION OF
YOUR STATISTICAL DATA**

ABSTRACT

The purpose of this article is to deal with the sickness benefit social security benefit, focusing on the collection of its statistical data in the judicial sphere (Federal District of Nova Iguaçu), due to its significant share of those contemplated in the social security benefits category. Through bibliographic research and analysis and data collection, it was possible to examine the social security sickness benefit, and understand through its legal guidelines, doctrine and scientific articles, what are the requirements and particularities of this benefit. In terms of results, the research presents a topic of high social relevance, demonstrating what this social security benefit is and, in addition, a detailed study based on statistics in the judicial sphere, more precisely in the Federal District of Nova Iguaçu, RJ, where shows a real number of processes and their respective results. Data collection at the administrative level was not possible due to lack of time.

Keywords: social security sickness benefit, statistics, benefit.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Iguaçu.

² Mestre em Sociologia e Direito no programa de Pós Graduação da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Professora de Direito. Possui graduação de Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá concluído em 2015, e Graduação em Gestão de Recursos Humanos pela Universidade Estácio de Sá (2009). Tem experiência com aulas em curso preparatória para concurso público, e, fez estágio docência na UFF.

INTRODUÇÃO

Definida na Constituição Federal, em seu artigo 194, caput, a seguridade social é entendida como um emaranhado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, direcionadas a propiciar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Desta feita, o benefício previdenciário de auxílio-doença, pode ser vislumbrado como um dos componentes da seguridade social, mais precisamente no da previdência social, pois promove sua proteção social através de benefícios e serviços, sendo norteadado pela Lei 8.213/91 c/c Decreto 3.048/99.

O auxílio-doença é definido como um benefício proveniente da incapacidade do segurado do INSS, que ao ser submetido a perícia médica, é considerado incapaz para o trabalho por conta de um acidente ou enfermidade.

Para a concessão do benefício, é necessário que o segurado realize um requerimento administrativo, e posteriormente submetido a uma perícia médica, onde será verificado se o requerente possui realmente uma enfermidade que o incapacite para o exercício de suas atividades laborativas.

Caso o auxílio-doença previdenciário seja indeferido na esfera administrativa, o segurado poderá pleitear de forma judicial o benefício.

Ocorre que a busca pela concessão benefício através da esfera judicial tornou-se cada vez mais frequente, e por conta disso, inúmeras demandas de concessão ou restabelecimento do auxílio-doença são frequentemente distribuídas nas comarcas federais.

Por conta destes inúmeros detalhes e requisitos para a concessão deste benefício previdenciário, tornou-se necessário um estudo mais aprofundado de como este benefício é alcançado pelos os segurados, onde foi possível visualizar através da coleta de dados, o que de fato acontece quando o segurado necessita recorrer a esfera judicial para a concessão do benefício.

Considerando a abrangência do tema abordado, este artigo foi centralizado em quatro tópicos, sendo:

O primeiro tópico, como um breve resumo histórico sobre o benefício previdenciário de auxílio-doença e os seus norteadores legais, a elucidação sobre o que é

de fato o auxílio-doença previdenciário e o seu mecanismo de concessão, e a diferenciação entre as categorias de auxílio-doença previdenciário e acidentário.

O segundo tópico, sendo a coleta de dados estatísticos realizada na Comarca Federal de Nova Iguaçu, onde foi possível a realização de um estudo detalhado sobre as decisões terminativas procedentes e improcedentes que tinham como assunto da demanda “auxílio-doença previdenciário”, e que foram distribuídas entre 01/2019 a 06/2019.

O terceiro tópico, que trata sobre a influência do parecer técnico nas decisões de demandas que versam sobre o auxílio-doença previdenciário, e o posicionamento transcrito de alguns juízes, sobre o tema. Além disso, o tópico expõe acerca da perícia administrativa, e os seus eventuais problemas de execução.

O quarto e último tópico, relata sobre a “nova” modalidade de perícia, que é a perícia biopsicossocial, demonstrando o seu conceito e aplicabilidade, caso o modelo fosse usado em todos os exames periciais que tratam de benefícios por incapacidade.

1 BREVE RESUMO HISTÓRICO SOBRE O AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, o auxílio-doença é um benefício concedido nos casos em que o segurado é impedido de realizar suas atividades laborativas por doença ou acidente, acima do período previsto em lei como sendo de responsabilidade do empregador (LAZZARI; CASTRO, 2018, p.659).

A Constituição Federal de 1988, instituiu através de seu artigo 201, I, que a previdência social iria realizar a cobertura nos casos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

Atualmente, o benefício encontra previsão legal através da Lei 8.213/91, que norteou através de seus artigos 59 a 64 c/c o Decreto 3.048/99, as disposições sobre o benefício.

Vejamos o que se extrai do artigo 59 da Lei 8.213/91:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. (Lei nº 8.213/91).

Através da leitura do referido artigo, é possível identificar três requisitos para a concessão do benefício previdenciário. A primeira é que o contribuinte deverá ser segurado do Regime Geral da Previdência Social. A segunda, o cumprimento do período de carência exigido nesta lei. A terceira e não menos importante, é que o segurado deve encontra-se incapacitado para o trabalho por um período de mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Tais requisitos são cumulativos e essenciais para o requerimento e uma eventual concessão do benefício.

De acordo com Leonardo Aguiar, o auxílio-doença é devido a todos os tipos de segurados, sendo eles obrigatórios e facultativos. Em seu livro Direito Previdenciário, ele faz o seguinte apontamento:

Nos termos da legislação previdenciária, o auxílio-doença é devido quando o segurado for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á pago enquanto permanecer nesta condição. **Ocorre que o segurado facultativo não exerce atividade que lhe garanta a subsistência, pois não exerce atividade remunerada.** Por isso gera certa perplexidade a possibilidade do auxílio-doença ser pago ao segurado facultativo. Contudo, **não existe qualquer dispositivo normativo que o exclua do âmbito deste benefício.** (AGUIAR, 2017, p.412). (grifo nosso).

Desta forma, apesar do segurado facultativo não exercer algum tipo de atividade remunerada, nada impede que o mesmo, pleiteie o requerimento administrativo para a concessão do benefício. O rol de segurados que podem requerer o benefício, se encontra previsto no artigo 11 da Lei 8.213/91.

Em relação ao cumprimento do período de carência, o auxílio-doença previdenciário baseia-se no cumprimento de 12 contribuições mensais, vide art. 25, I da Lei de Benefícios.

Todavia, apesar da legislação apresentar a exigência de 12 meses de contribuição, existem algumas patologias que independem do cumprimento do período de carência para a sua concessão, sendo elas: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação, com base em

conclusão da medicina especializada. (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015 c/c art. 151 da lei 8.213/91).

Assim, sendo acometido de qualquer uma dessas doenças, em qualquer momento após sua filiação ao RGPS (no caso do empregado, inclusive doméstico, e do trabalhador avulso) ou ao pagamento da primeira contribuição sem atraso (no caso do contribuinte individual e do segurado facultativo), ainda que seja logo no primeiro dia de atividade laboral, o segurado têm direito à aposentadoria por invalidez. (AGUIAR, 2017, p.416).

Ademais, quanto ao requisito de incapacidade, este necessita de uma análise aprofundada. A incapacidade necessária para a concessão do benefício, é aquela que impede de exercer suas atividades laborativas, minando o seu desenvolvimento em suas funções laborais. Leonardo Aguiar possui algumas opiniões a respeito deste requisito. Vejamos:

(...) não basta a simples constatação de uma determinada doença para se fixar a incapacidade previdenciária. É preciso que se faça a análise da influência dessa doença na profissão ou ocupação específica do segurado, a fim de se avaliar sua concreta implicação na capacidade laboral do mesmo. (AGUIAR, 2017, p.413).

Isto ocorre, pois, o sistema previdenciário não realiza a substituição da renda de segurado acometido por qualquer tipo de doença. Exige-se que a doença proporcione a incapacidade temporária para exercício da sua atividade habitual (AGUIAR, 2017, p.413).

Ficando constatada a incapacidade para o exercício das atividades laborais habituais, e sendo ela temporária, o benefício será concedido e mantido até a recuperação do segurado. Caso fique comprovado que a incapacidade é total, definitiva e sem possibilidade de recuperação ou reabilitação, o segurado fará jus à aposentadoria por invalidez.

Conforme §1º do artigo 59 da Lei. 8.213/91, o auxílio-doença não será devido ao segurado que filiar-se ao RGPS já portador de lesão ou doença que justifique o requerimento do benefício, exceto nos casos em que a incapacidade ser decorrente de progressão ou agravamento da doença ou lesão, haja vista que benefício atende os segurados que por algum motivo ficaram incapacitados e não aqueles que antes de se filiarem ao RGPS já eram incapacitados (CUTAIT NETO, 2005, p.120).

Quando o segurado realiza mais de uma atividade laborativa, e fica incapacitado para as atividades laborais habituais de uma delas, este terá direito ao auxílio-doença pela atividade que estiver incapacitado, desde que cumpra o período de carência desta atividade. O benefício possuirá tempo indeterminado, e não será possível a conversão em aposentadoria por invalidez enquanto a incapacidade não afetar às demais atividades (AGUIAR, 2017, p.419).

Segundo o artigo 60 da Lei 8.213/91, o benefício será concedido a contar do 16º dia de afastamento de suas atividades laborativas, e aos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. Quando o segurado estiver afastado da sua atividade por mais de 30 dias, a data do início do benefício será a data do requerimento administrativo.

O Término do benefício se dará, pela morte do segurado; recuperação da capacidade laborativa; ou pelo retorno da atividade que lhe garanta a subsistência.

Nos casos em que requerimento é indeferido na esfera administrativa por não constatação da incapacidade laborativa, o segurado que escolher instituir a demanda no poder judiciário objetivando a concessão do benefício, necessitará passar por um exame pericial.

1.1 DIFERENÇA ENTRE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO E ACIDENTÁRIO

Algo que necessita ser evidenciado, é quanto a distinção entre o auxílio-doença previdenciário e o auxílio-doença acidentário. Maria Gueller apresenta alguns apontamentos sobre o tema. Vejamos:

O auxílio-doença de natureza previdenciária, que não tem relação com o trabalho desenvolvido pelo segurado, e o auxílio-doença de natureza acidentária, que, como sua própria denominação sugere, tem nexo de causalidade com o trabalho ou atividade desenvolvida pelo trabalhador. (GUELLER, 2008, p.13)

O auxílio-doença previdenciário difere do acidentário, pois para o primeiro o artigo 25, inciso I, da Lei 8.213/91, exige o cumprimento de carência mínima de 12 (doze) contribuições mensais, enquanto que o segundo independe de carência, bastando que o segurado esteja filiado à previdência social, o que se dá através da filiação ou inscrição junto ao INSS. (GUELLER, 2008, p.13).

Desta forma, o auxílio-doença acidentário está diretamente relacionado ao exercício do trabalho, pois a sua incapacidade decorre de um evento acidental que foi ocasionado ao exercer suas atividades laborativas, incluindo as doenças profissionais e do trabalho. O auxílio-doença acidentário gera estabilidade provisória, conforme art. 118 da Lei 8.213/91 e sua cessação advém da recuperação da capacidade para o trabalho, ou quando o benefício é convertido em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente - redução da capacidade laborativa (ÂMBITO JURÍDICO, 2017).

Michel C. Neto possui uma opinião sobre o assunto, sendo ela:

O auxílio-doença acidentário visa proteger a situação de necessidade que a incapacidade para o exercício do trabalho repercute na vida do segurado, exigindo o afastamento de suas atividades laborais e prejudicando o recebimento de sua remuneração. (CUTAIT NETO, 2005, p.142).

Ressalta-se que o auxílio-doença acidentário não será objeto de estudo do referido artigo, e foi citado como forma de demonstrar algumas distinções sobre as duas modalidades de auxílio-doença.

2 A COLETA DE DADOS ESTATÍSTICOS NA COMARCA FEDERAL DE NOVA IGUAÇU

Com o objetivo de demonstrar de forma prática a relevância social que este benefício proporciona na vida de inúmeros brasileiros, foi elaborada uma minuciosa coleta de dados, onde foi possível vislumbrar uma pequena porcentagem de processos judiciais, que tinham como pretensão a concessão ou restabelecimento deste benefício previdenciário, e seus respectivos resultados.

A pesquisa de campo durou aproximadamente 3 (três) meses, entre 13/05/2020 a 05/08/2020, tendo como enfoque, o quantitativo de processos judiciais que tinham como assunto “auxílio-doença previdenciário”, entre o período de janeiro a junho de 2019, que se encaminharam a Comarca Federal de Nova Iguaçu.

A Comarca Federal de Nova Iguaçu engloba as cidades Nova Iguaçu, Queimados, Engenheiro Paulo de Frontin, Japeri, Miguel Pereira, e Paracambi (JFRJ,2020).

Ao todo, no período objeto de pesquisa, foram distribuídos 1539 (mil quinhentos e trinta e nove) processos, que tinham como pretensão a concessão ou restabelecimento

Ressalta-se que a planilha produzida pelo sistema e-Proc gera estatísticas do quantitativo de processos, e não seus respectivos resultados. Os dados sobre as decisões processuais foram colhidos individualmente e são objeto de uma pesquisa de campo detalhada.

Assim, torna-se evidente através deste quantitativo significativo de processos distribuídos a na Comarca de Nova Iguaçu, que apesar deste benefício ser pouco visto entre os assuntos jurídicos, e só observado em caso de necessidade entre os cidadãos, este apresenta extrema relevância social, pois em muitos casos, tal benefício serve como última chance de auferir uma renda no momento de maior fragilidade do segurado, que se encontra acometido por uma enfermidade que o incapacita para o exercício de suas funções laborais.

2.1 AS DECISÕES TERMINATIVAS PROCEDENTES

Dos 1539 (mil quinhentos e trinta e nove) processos distribuídos na Comarca Federal de Nova Iguaçu, 492 (quatrocentos e noventa e dois) apresentaram decisões terminativas procedentes. Isso corresponde aproximadamente em 31,97% do total de processos analisados.

Através do estudo destas decisões, foi possível identificar que para a demanda ser considerada procedente para a concessão do auxílio-doença previdenciário, é necessário a comprovação de 3 requisitos. Vejamos um trecho de uma dessas decisões:

A teor do que dispõe o artigo 59 da Lei 8.213/91, o auxílio-doença é devido ao segurado que **for considerado incapaz para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual**, devendo ser pago enquanto permanecer nesta condição (art. 60). Além da **qualidade de segurado** e da incapacidade laboral, **exige-se o cumprimento de carência, de 12 (doze) contribuições mensais** (inciso I do artigo 25), dispensada esta para as hipóteses previstas no artigo 26, inciso II da Lei 8.213/9.

(...)

Detém qualidade de segurado todo aquele que esteja em gozo de benefício previdenciário, que exerça atividade de vinculação obrigatória devidamente formalizada, contribuía para o RGPS ou se encontre na vigência do denominado período de graça, hipóteses expressamente previstas no art. 15 da Lei n 8.213/91 e art. 13 do Decreto n° 3.048/99. (Processo: 5004488-17.2019.4.02.5120).(grifo nosso).

Conforme observado, os requisitos se resumem em: i) a incapacidade laborativa, ii) a qualidade do segurado à época do surgimento da incapacidade; e iii) o cumprimento da carência prevista em lei.

Na grande maioria das decisões, o primeiro requisito comprovado é o da incapacidade laborativa. Para isso, o requerente é submetido à um exame pericial, realizado por um dos médicos que fazem parte do time pericial da Justiça Federal. Este responde uma série de questionamentos, e por fim, atesta a incapacidade total ou parcial e temporária para o exercício de atividades laborativas nos casos de procedência do pedido.

Posteriormente, é constatada a qualidade de segurado e carência, que uma vez verificadas e aprovadas, o segurado faz jus ao benefício.

Uma observação vista nas decisões procedentes é que para concessão ou reativação do benefício, é necessário a estipulação do prazo para a sua concessão. Os juízes de baseiam nesse entendimento por conta da Medida Provisória nº 767/2017, que acrescentou os parágrafos 11, 12 e 13 ao art. 60, da Lei nº 8.213/91.

Nos casos em que o perito não fixa o prazo estimado, este se fixará no prazo de 120 (cento e vinte) dias para cessação, com base no §9º do art. 60 da Lei nº 8.213/91, contado da data de concessão ou de reativação, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação junto ao INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62.

2.2 DAS DECISÕES TERMINATIVAS IMPROCEDENTES

Tratando-se das decisões terminativas improcedentes, 574 (quinhentos e setenta e quatro) apresentaram tal desfecho processual. Isso corresponde ao percentual de 37,30% dos processos analisados.

Das 574 (quinhentos e setenta e quatro) decisões improcedentes, 24 (vinte e quatro) foram em decorrência da perda da qualidade segurado no momento em que o benefício foi requerido administrativamente, e 7 (sete) em razão da falta do cumprimento do período de carência, estipulado no art. 25, da Lei de Benefícios.

Sucedo que 543 (quinhentos e quarenta e três) dessas decisões obtiveram esse resultado por conta da influência do parecer médico, que considerou os demandantes aptos para exercerem suas atividades laborais.

Tal número alarmante, nos proporciona a conscientização da importância do parecer técnico nas decisões judiciais que tratam sobre a concessão ou reativação do auxílio-doença previdenciário.

3 A INFLUÊNCIA DO PARECER TÉCNICO NAS DECISÕES

Preliminarmente é necessário que se entenda que a realização de uma perícia técnica no processo previdenciário, e em decorrência de um prévio requerimento na via administrativa, onde se configura o interesse de agir do segurado ao requerer o benefício previdenciário.

Com isso, a realização da perícia médica tem como pressuposto o indeferimento do pedido administrativo, que justifica o pleito para a concessão ou restabelecimento dos benefícios previdenciários por incapacidade.

Tratando-se de processos que tenham como objetivo a constatação ou não da incapacidade do segurado, o laudo pericial é uma ferramenta fundamental no processo judicial, pois se tornou determinante na tomada de posição do Juízo.

Por ser um documento que tem como viés ser técnico, formal e científico, o laudo pericial se torna um elemento chave para a concessão ou indeferimento do benefício previdenciário de auxílio-doença, pois o magistrado não possui o conhecimento técnico para identificar se o segurado apresenta ou não, uma enfermidade que o incapacite para as atividades laborativas.

No âmbito do direito previdenciário, existem grandes discussões que versam sobre a influência do parecer técnico nas decisões judiciais, pois o artigo 465, CPC defende que as decisões devem ser baseadas por meio do parecer técnico e os artigos 371 e 479 sobre a desvinculação do Magistrado ao teor conclusivo da perícia.

Ocorre que o artigo 436 do CPC é taxativo no que se refere a não vinculação do juiz ao laudo pericial, podendo formar o seu convencimento através de outros elementos anexados nos autos, como por exemplo, exames médicos, receitas, laudos médicos, etc.

Desta forma, apesar da existência de dispositivos legais que não vinculam a decisão do Magistrado ao parecer técnico, alguns juízes continuam se valendo desta ferramenta para a tomada de suas decisões, porém de forma plausível. Vejamos um trecho

de um Recurso Cível, julgado pelo Relator Alexandre da Silva Arruda, da 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro:

É bem verdade que o Juiz não está adstrito ao laudo pericial judicial exclusivamente, podendo considerar ou afastar as conclusões (arts. 371 e 479 da Lei nº 13.105/2015 - CPC). No entanto, não se pode olvidar que este é confeccionado por profissional médico, com conhecimento técnico, e nomeado pelo magistrado em diversos casos semelhantes. No caso em tela, as conclusões do(a) perito(a) esclareceram satisfatoriamente o quadro apresentado. (RECURSO CÍVEL Nº 5000003-71.2019.4.02.5120/RJ)

O Relator ainda aponta o enunciado 72 das Turmas Recursais, que trata sobre a reforma de decisões que acolhem os fundamentos do laudo pericial, e declara:

Não merece reforma a sentença que acolhe os fundamentos técnicos do laudo pericial para conceder ou negar benefício previdenciário ou assistencial **quando o recurso não trouxer razões que possam afastar a higidez do laudo.** (Precedente: 2008.51.63.000382-5/01).

*Aprovado na Sessão Conjunta das Turmas Recursais, realizada em 25/02/2010 e publicado no DOERJ de 8/03/2010, págs. 78/79, Parte III. (grifo nosso)

Com os dados alcançados através da coleta de dados, tornou-se visível que apenas a inconformidade com o resultado pericial não é suficiente para a impugnação do laudo pericial. Observe um trecho de uma das decisões analisadas:

A impugnação da parte autora ao laudo pericial não pode prosperar. Com efeito, não foi comprovada qualquer omissão, contradição ou obscuridade no laudo, razão pela qual reputo a manifestação de Evento 24 como mero inconformismo, frisando que o experto foi claro em atestar a inexistência de incapacidade para o trabalho. (Processo nº 5004221-45.2019.4.02.5120/RJ)

3.1 PERÍCIA ADMINISTRATIVA

Segundo Tavares, a perícia médica efetuada pelo INSS, pode ser compreendida da seguinte forma:

A perícia médica do INSS é uma atividade realizada para avaliar a capacidade laborativa do segurado e conceder benefícios quando incapacidade. É de competência exclusiva de um médico concursado e treinado internamente, que deve dominar a legislação previdenciária. (SILVA, 2017 apud TAVARES, 2003).

O artigo 75, §2º, do Regulamento, declara que para a concessão do auxílio-doença, é necessário, em regra, que incapacidade seja comprovada através de exame realizado por médico perito da Previdência Social, e uma vez ultrapassado o lapso de 15 dias, é de responsabilidade da empresa dispor de serviço médico próprio ou conveniado, além do abono das faltas correspondentes aos primeiros 15 dias de afastamento.

Conforme o Manual Técnico da Perícia Médica confeccionado pelo INSS, os dados obtidos no momento do exame pericial devem ser registrados no Laudo Médico – LMP, que é a peça médico legal básica do processo, no que se refere a sua técnica (INSS, 2018, p.33).

O manual informa que o perito médico, ao preencher um laudo médico de perícia médica, deve ter ciência que este documento possui caráter médico legal decisivo ao requerente do benefício previdenciário, e que o mesmo é destinado a produzir efeitos na via administrativa, podendo transitar na via recursal do INSS ou mesmo em Juízo (INSS, 2018, p.33).

De acordo com o manual, o LMP deve ser composto pelos seguintes elementos: I) identificação; II) forma de filiação; III) histórico previdenciário; IV) anamnese¹; V) exame físico; VI) diagnóstico (CID); VII) considerações médico periciais; VIII) fixação das datas de início da doença e da incapacidade; IX) verificação da isenção de carência; X) caracterização dos nexos técnicos previdenciários; e XI) conclusão médico pericial (INSS, 2018, p.33 e 34).

Conforme o art. 410 da IN INSS/PRE nº 77/2015, o médico perito poderá, em caso de necessidade, solicitar ao médico assistente do beneficiário, informações relativas ao parecer médico, para a realização do laudo médico pericial conclusivo. (LAZZARI (et al), 2020, p.185).

O INSS também disponibiliza a possibilidade de a perícia médica ser realizada no hospital ou residência, em caso de apresentação de documentos que comprovem a internação ou impossibilidade de locomoção, segundo o art. 412 da IN INSS/PRES nº 77/2015. (LAZZARI (et al), 2020, p.185).

O SABI, que é o Sistema de Administração dos Benefícios por Incapacidade, é responsável pela administração de todas as informações pertinentes à perícia médica,

3 Anamnese é “histórico ocupacional, queixa principal, história da doença atual, incluindo o registro de documentação médica apresentada e tratamento realizado/proposto, história patológica pregressa, história psicossocial e familiar” (INSS, 2018, p.33)

como por exemplo, laudos médicos, exames apresentados, atestados, e até mesmo a conclusão médica produzida pelo médico perito do INSS, informando ou não a constatação da incapacidade laborativa do segurado. O beneficiário do INSS também detém a possibilidade de requerer as informações relativas as perícias administrativas através do HISMED (Histórico Médico).

3.1.1 Questionamentos acerca da perícia administrativa

Apesar de possuir uma atribuição simples de avaliar a capacidade laborativa dos requerentes quanto a sua incapacidade, a perícia médica realizada pelo INSS, possui um papel de extrema relevância da vida do segurado que requer o benefício, e por conta disso, é necessário que se torne evidente a seriedade necessária para a confecção do parecer médico.

É fato recorrente, os inúmeros relatos de angústia e sofrimento dos segurados que se submetem a perícia médica, em razão do descaso explícito na forma em que os médicos tratam os segurados.

Em um estudo produzido por Melo e Brant, ficou evidente nas entrevistas realizadas por eles que, a relação médico-paciente é constituída pelas seguintes categorias de análise: submissão, conflito, resistências e “escuta” diferenciada. (MELO; BRANT, 2005, p.23), e declaram

(...) a obediência de alguns profissionais da área médica a uma lógica estabelecida pelos manuais acadêmicos ou à sua própria experiência, deixando de escutar, desqualificando ou duvidando das queixas do paciente, posicionamento característico de uma relação médico-paciente permeada por conflitos, onde se observa a busca de cuidados e, na oferta do trabalho, tentativas de dominação e resistência. (MELO; BRANT, 2005, p. 23).

Neste sentido, conclui-se que a perícia administrativa necessita de grandes mudanças em suas avaliações, tornando-se necessário, a confecção de pareceres médicos justos, que se baseiam realmente no caso concreto de cada segurado.

Outrossim, é imprescindível que haja uma de mudança de postura dos médicos peritos, no que se refere a falta de ideais humanistas na realização do exame pericial, onde a sua opinião pessoal, não deve ser determinante na confecção do parecer técnico.

A falta de humanidade dos médicos peritos no momento do exame pericial, traz além de uma angústia latente aos segurados, um sentimento de revolta e confusão, pois o segurado ao requerer o benefício, se baseia em um diagnóstico médico, e o tratamento oferecido pelos peritos, leva a crer que todo o diagnóstico médico colhido, não passa de grandes inverdades para a concessão de um benefício financeiro.

Por conta disso, tornou-se fundamental, a reformulação do método de exame pericial realizado pelo INSS, utilizado nos requerimentos de benefícios por incapacidade, e por isso, é necessidade da compreensão do que vem a ser o “novo” modelo de exame pericial, que é a perícia biopsicossocial.

4 A PERÍCIA BIOPSIKOSSOCIAL

A avaliação biopsicossocial nada mais é do que uma análise pericial que não se baseia apenas aos aspectos de incapacidade e limitações físicas ou mentais. O seu parecer além de levar em consideração as limitações físicas e mentais, também se baseia nos aspectos ambientais e sociais que rodeiam o segurado (SILVA, 2020, p.39).

Por ser uma modalidade de avaliação que apura os fatores que interferem na vida do segurado que podem ou não dificultar a sua condição, a perícia biopsicossocial seria de grande aproveitamento na análise da concessão nos benefícios por incapacidade, pois complementar a avaliação médica que verifica os aspectos ligados aos desdobramentos da doença para o paciente. (SOTTILI, 2016, p.28).

Fernando Rubin e Luciano Pelenz, fazem referência a José Ricardo Caetano Costa, que alerta que a perícia médica realizada no âmbito administrativo ou judicial, não pode ser considerada ferramenta suficiente para atestar o real estado de saúde do segurado, e a sua aptidão a exercer atividade laborativa, e por conta disso, é imprescindível a que esta tarefa seja realizada por mais de um profissional. (RUBIN e Pelenz *apud* COSTA, 2014, p.47).

A modalidade de perícia biopsicossocial já vem sendo utilizada nos requerimentos administrativos de benefícios assistenciais aos portadores de deficiência, todavia, ainda não é utilizada na aferição dos demais benefícios por incapacidade.

Apesar de retrógrada a avaliação médica que visa apenas às limitações do corpo, no Brasil, para a constatação de uma incapacidade laborativa que viabilize a concessão

de um benefício previdenciário, é necessário que a perícia médica identifique enfermidades relacionadas ao corpo, por exemplo. Parâmetro esse obsoleto, pois é nítido o número de casos de incapacidade ou doenças por estresse, pânico e etc. (SILVA, 2020, p. 45).

Em 2001, o conceito de incapacidade obteve uma importante alteração, o que proporcionou a emissão da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

A CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, leva em consideração as funções e estruturas do corpo, as atividades e participação, além dos fatores ambientais e pessoais. As “funções do corpo” estão ligadas “as funções fisiológicas do sistema corporal, incluindo as funções psicológicas”. A “estrutura do corpo” são as “partes anatômicas, como órgãos e membros”. A “atividade” sendo a “execução de tarefas ou ações realizadas pelo indivíduo”. A “participação” é o “envolvimento do individual em uma situação de vida real”. Os “fatores ambientais” seriam o “ambiente físico, social e de atitude no qual as pessoas vivem e conduzem a vida”. (MPPR).

Desta forma, a CIF inseriu novos parâmetros em relação a deficiência e incapacidade, que não se baseiam apenas quadro clínico do indivíduo, relacionando esse parecer técnico, ao ambiente físico e social. A sua aplicabilidade no exame pericial junto ao parâmetro utilizado atualmente que é o CID-10 (Classificação Internacional de Doença), acarretaria um diagnóstico de doenças que seriam complementados pelas informações oferecidas pelo CIF sobre a funcionalidade.

Vejamos o que José Costa, esclarece sobre a CIF:

Quiçá o maior mérito da CIF-2001 é ter agregado outros elementos relacionados ao estado de saúde, dando outro enfoque ao que se denomina de incapacidade e deficiência. Como registra a CIF-2011, duas pessoas com a mesma doença podem ter níveis diferentes de funcionamento, e duas pessoas com o mesmo nível de funcionamento não têm necessariamente a mesma condição de saúde. O que vale dizer que para sabermos se um indivíduo é incapaz é necessário que tenhamos uma visão etiológica associada ao estado de saúde: A CIF transformou-se, de uma classificação de consequência da doença em uma classificação dos componentes da saúde (COSTA, 2014, p.135).

Com isso, a reformulação do exame pericial ao englobar a perícia biopsicossocial, tornou-se fundamental para a análise da causa, origem, e razão que acarretou a incapacidade ou doença, sendo necessário a observação do entorno do

indivíduo, para a realização de um parecer médico pericial completo e justo, que verifica efetivamente se o indivíduo está apto para exercício de suas atividades laborativas ou não.

Como descrito anteriormente por José Costa, é possível que duas pessoas tenham a mesma doença, todavia, apresentam graus de funcionalidade para o exercício de funções diferentes. Isso demonstra que um diagnóstico baseado apenas no CID-10 por exemplo, é insuficiente, sendo necessário a reformulação do modelo pericial que verifique todas estas nuances.

José Costa através de sua obra, testifica o mesmo pensamento descrito anteriormente. Vejamos:

É possível que o indivíduo não tenha nenhuma patologia e seja considerado incapaz, haja vista uma série de barreiras sociais, limites pessoais e familiares, por exemplo, que o conduzem a essa condição. É justamente por isso que a presença somente da patologia não é pressuposto de uma incapacidade ou de uma invalidez. Torna-se necessário o estudo, como vimos, dos aspectos sociais, pessoais e ambientais. Por isso, podemos afirmar, sem medo de mágoas ou ressentimentos, que os peritos médico são incompetentes (sob o ponto de vista técnico), para avaliar sozinhos essa condição social representada pela incapacidade ou pela deficiência. Neste sentido, passamos a compreender o espírito teleológico da CIF-2001, quando afirma que se trata de uma questão política e social. Todavia, entendemos que a mudança cultural e filosófica também tem de ser revista e alterada. Isso porque somente uma postura humanista, fundada no respeito e na busca do conhecimento do “outro” em sua outridade, ontologicamente falando, tornará possível estabelecer outro tipo de relação (COSTA, 2014, p.143-144)

Por fim, é perceptível que a implementação das duas classificações emitidas pela OMS, que são o CID-10 e CIF que fundamentam o modelo de perícia biopsicossocial, proporcionariam grandes mudanças no resultado final da perícia, pois a confecção de um parecer médico que verifica todos os pormenores da incapacidade ou invalidez, viabilizaria resultados justos e completos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo de desenvolvimento do trabalho, foi possível esmiuçar o que vem a ser o auxílio-doença previdenciário, observando através de seus norteadores legais, doutrina, dentre outros artigos, quais são as particularidades deste benefício que auxilia milhares de segurados do RGPS. Com a sua concessão, o segurado

que se encontra em período de necessidade, possui uma forma de sustento para si e sua família, e desta forma, fica evidenciado sua relevância social e econômica para o país.

A coleta de dados estatísticos na Comarca Federal de Nova Iguaçu-RJ, proporcionou ao artigo, a visão prática e real de concessão ou restabelecimento deste benefício previdenciário, demonstrando além dos quantitativos de decisões procedentes e improcedentes, a percepção da influência do parecer técnico nas decisões, que obtiveram papel de destaque na concessão ou não do benefício previdenciário.

O artigo também tratou sobre como a perícia médica administrativa é realizada, proporcionando a conscientização da necessidade de reformulação do modelo pericial, que atualmente deveria seguir os parâmetros da perícia biopsicossocial, pois conforme esclarecido anteriormente no artigo, os peritos além de verificarem a patologia que acomete o segurado, também devem apreciar os aspectos sociais e ambientais para a confecção do parecer médico, visto que também prejudicam a funcionalidade do indivíduo no exercício de suas funções.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **Direito Previdenciário**. Curso Completo. Juiz de Fora: Instituto Lydio Machado, 2017. cap.30. Disponível em: https://livrodireitoprevidenciario.com/auxilio_doenca/. Acesso em: 08/03/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01/03/2020.

BRASIL. Decreto nº 3.048 de 6 de Maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 02/03/2020.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 01/03/2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, e LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forence, 2018. cap. 38.

COSTA, José Ricardo Caetano. Perícia biopsicossocial: reflexões para efetivação dos direitos sociais previdenciários por incapacidade laboral a partir de um novo paradigma. **JURIS**, Rio Grande, v. 21: p. 119-148, 2014. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6259/3915>. Acesso em: 16/10/2020.

CUTEIT NETO, Michel. **O auxílio-doença no direito Brasileiro**. São Paulo, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Previdenciário). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8377/1/Tese_Michel_CUTAIT_Protect.pdf. Acesso em: 10/03/2020.

GUELLER, Marta Maria Ruffini Penteadó. Auxílio-Doença. **Revista de Direito Social** 31. Jul./Set, p. 13 – 15, 2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDS%2031%20-%20Doutrina%20Direito%20Social.pdf>, Acesso em: 10/03/2020.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária**. Brasília: INSS, 2018. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>. Acesso em: 07/10/2020.

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO. **Nova Iguaçu**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/localidade/nova-iguacu>. Acesso em: 08/08/2020.

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO. **Estatísticas – Relatório Mensal**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=gerar_relatorio_mensal&acao_origem=estatisticas_relatorio_mensal&hash=790705d0d36098d5fa04610368feb93f. Acesso em: 05/08/2020.

LAZZARI, João Batista (et.al.). **Prática Processual Previdenciária**: administrativa e judicial. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 185.

MELO, Marilene Barros de; BRANT, Luiz Carlos. Ato médico: perda da autoridade, poder e resistência. **Psicologia: Ciência e Profissão, Brasília**, v. 25, n. 1, p. 14-29, Mar. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932005000100003>. Acesso em: 26/09/2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Instituto Nacional do Seguro Social. **Auxílio-doença**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-doenca/>. Acesso em: 05/03/2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Classificação Internacional de Funcionalidade**. Disponível em: <http://pcd.mppr.mp.br/pagina-14.html#:~:text=Esses%20crit%C3%A9rios%20s%C3%A3o%20os%20mesmos,o%20qualificador%20gen%C3%A9rico%20da%20CIF>. Acesso em: 05/10/2020.

SILVA, Divino Jose. Auxílio-Doença Previdenciário e a utilização das perícias para o seu deferimento junto ao INSS. **Jus**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62811/auxilio-doenca-previdenciario-e-a-utilizacao-das-pericias-para-seu-deferimento-junto-ao->

[inss#:~:text=A%20per%C3%ADcia%20m%C3%A9dica%20do%20INSS%20%C3%A9%20uma%20atividade%20realizada%20para,previenci%C3%A9ria%20\(TAVARES%2C%202003\)](#). Acesso em: 29/09/2020 *apud* TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SILVA, Emanuelle Pereira. Análise biopsicossocial na área previdenciária. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas**. v.3, n.2, Jul-Dez, 2020. Disponível em: <http://unig.edu.br/revistas/index.php/RevJurSoc/article/view/284/144>. Acesso em: 02/09/2020

SOTTILI, Luciana Adélia. **A perícia biopsicossocial na concessão dos benefícios previdenciários**. Rio Grande, 2016. (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7333/Luciana%20Sottili_4302461_assignment_file_TCC_Final_Postar.pdf?sequence=1. Acesso em: 02/09/2020.

RUBIN, Fernando e PELENZ, Luciano. A prova pericial nos processos previdenciários de auxílio-doença e a necessidade de sua evolução para o modelo biopsicossocial. **Lex Magister**. Porto Alegre. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27680610_A_PROVA_PERICIAL_NOS_PROCESSOS_PREVIDENCIARIOS_DE_AUXILIO_DOENCA_E_A_NCESSIDADE_DE_SUA_EVOLUCAO_PARA_O_MODELO_BIOPSISSOCIAL.aspx. Acesso em: 08/09/2020 *apud* COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia biopsicossocial: perspectiva de um novo modelo pericial**. Caxias do Sul: Plenum, 2014. p. 47.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. Seguridade social: conceito constitucional e aspectos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/seguridade-social-conceito-constitucional-e-aspectos-gerais/>. Acesso em: 15/05/2020.

ANEXOS

ANEXO A – PLANILHA ESTATÍSTICA DE PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO NO JUÍZO DA COMARCA FEDERAL DE NOVA IGUAÇU, RJ ENTRE 01/2019 A 06/2019 SOBRE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO.

Mês/Ano: 01/2019 a 06/2019		Estatística: Processos em tramitação no Juízo																			
Classe: Todas		Competência: Todas																			
Magistrado: Todos		Assunto: Auxílio-Doença Previdenciário																			
Localidade: Nova Iguaçu		Orgão: Todos																			
Orgão	1	2	3	4	5	6	7	8	9	11	12	13	17	18	19	23	24	91	98	99	
01/2019																					
RJNG01F - Juízo Federal da 1ª VF de Nova Iguaçu	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
RJNG02F - Juízo Federal da 2ª VF de Nova Iguaçu	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
RJNG02S - Juízo Substituto da 2ª VF de Nova Iguaçu	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	
RJNG03F - Juízo Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	33	2	0	0	0	1	0	6	12	0	0	0	0	0	0	0	0	0	148	301	
RJNG03S - Juízo Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	46	1	1	1	0	3	0	5	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	180	321	
RJNG04F - Juízo Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	46	9	2	0	0	5	0	10	13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	190	275	
RJNG04S - Juízo Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	36	7	0	0	0	3	0	2	13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	185	280	
RJNG05F - Juízo Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	28	3	0	0	0	3	0	7	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	184	286	
RJNG05S - Juízo Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	45	3	1	1	0	5	0	6	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	229	328	
RJNGSEDA - Juízo A - Distribuição de Nova Iguaçu	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
02/2019																					
RJNG02S - Juízo Substituto da 2ª VF de Nova Iguaçu	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	
RJNG03F - Juízo Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	43	3	2	0	0	3	0	12	63	0	0	0	0	0	0	0	0	0	123	273	
RJNG03S - Juízo Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	56	3	2	1	0	0	1	10	66	0	0	0	0	0	0	0	0	0	157	307	
RJNG04F - Juízo Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	39	5	0	0	0	6	0	3	27	0	0	0	0	0	0	0	0	0	180	282	
RJNG04S - Juízo Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	40	1	2	0	0	4	0	2	28	0	0	0	0	0	0	0	0	0	183	289	
RJNG05F - Juízo Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	37	4	4	0	0	1	0	15	54	0	0	0	0	0	0	0	0	0	157	262	
RJNG05S - Juízo Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	46	3	4	0	0	2	0	11	61	0	0	0	0	0	0	0	0	0	194	310	
03/2019																					
RJNG02S - Juízo Substituto da 2ª VF de Nova Iguaçu	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
RJNG03F - Juízo Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	35	2	4	0	0	1	0	6	64	0	0	0	0	0	0	0	0	0	123	247	
RJNG03S - Juízo Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	40	2	2	0	0	2	0	6	50	0	0	0	0	0	0	0	0	0	135	296	
RJNG04F - Juízo Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	32	1	6	2	0	0	0	7	60	0	0	0	0	0	0	0	0	0	186	257	
RJNG04S - Juízo Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	38	2	1	1	0	4	0	3	64	0	0	0	0	0	0	0	0	0	182	261	
RJNG05F - Juízo Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	42	2	1	1	0	0	1	3	38	0	1	0	0	0	0	0	0	0	148	268	
RJNG05S - Juízo Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	45	2	7	1	0	0	0	12	43	0	1	0	0	0	0	0	0	0	186	311	
04/2019																					
RJNG03F - Juízo Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	50	6	9	1	0	5	0	4	42	0	0	0	0	0	0	0	0	0	119	263	
RJNG03S - Juízo Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	50	1	7	0	0	6	1	6	42	0	0	0	0	0	0	0	0	0	123	301	
RJNG04F - Juízo Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	40	5	7	1	0	4	0	7	24	0	0	0	0	0	0	0	0	0	187	275	
RJNG04S - Juízo Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	36	6	4	2	0	2	0	3	26	0	0	0	0	0	0	0	0	0	177	278	
RJNG05F - Juízo Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	44	5	11	1	0	4	1	9	33	0	0	1	0	0	0	0	0	0	147	280	
RJNG05S - Juízo Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	53	2	2	1	0	3	1	17	28	0	0	1	0	0	0	0	0	0	181	316	
RJNGSEDA - Juízo A - Distribuição de Nova Iguaçu	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
05/2019																					
RJNG03F - Juízo Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	50	1	5	1	0	2	0	7	30	0	0	0	0	0	0	0	0	0	126	284	
RJNG03S - Juízo Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	55	2	7	0	0	2	0	11	44	0	0	0	0	0	0	0	0	0	129	312	
RJNG04F - Juízo Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	45	3	5	2	0	2	0	13	24	0	0	0	0	0	0	0	0	0	163	291	
RJNG04S - Juízo Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	51	8	4	2	0	4	0	9	34	0	0	0	0	0	0	0	0	0	166	297	
RJNG05F - Juízo Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	58	7	1	1	0	4	0	15	47	0	0	0	0	0	0	0	0	0	159	283	
RJNG05S - Juízo Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	52	2	2	1	0	6	0	10	59	0	0	0	0	0	0	0	0	0	167	302	
RJNGSEDA - Juízo A - Distribuição de Nova Iguaçu	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
06/2019																					
RJNG03F - Juízo Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	37	1	6	1	0	0	0	9	43	0	0	0	0	0	0	0	0	0	118	280	
RJNG03S - Juízo Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	39	1	8	0	0	0	0	11	53	0	0	0	0	0	0	0	0	0	131	297	
RJNG04F - Juízo Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	33	2	6	0	0	1	0	12	36	0	0	0	0	0	0	0	0	0	161	282	
RJNG04S - Juízo Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	39	0	5	0	0	1	0	12	31	0	0	0	0	0	0	0	0	0	168	297	
RJNG05F - Juízo Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	39	0	11	2	0	2	3	7	47	0	0	0	0	0	0	0	0	0	161	282	
RJNG05S - Juízo Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	41	0	9	0	0	0	0	15	53	0	0	0	0	0	0	0	0	0	165	283	
Totais	1539	110	148	24	0	97	8	303	1386	0	2	2	0	0	0	0	0	0	5820	10359	
1. Distribuição 2. Recebidos por Redistribuição/Atribuição 3. Retorno Sobre Susp TRF/TR/STF/TNU 4. Levantamento de Baixa 5. Cadastramento de Processos Antigos 6. Remetidos por Redistribuição/Atribuição 7. Sobrepostos e Suspensos 8. Rem. TRF/STF/TR/STF/TNU aguarda 9. Remessa para Baixa 11. Migrado/Digitalizado 12. Retorno do TRF/TR para Diligências 13. Remessa TRF/TR diligência cumprida 17. Recebidos da Conciliação com Sentença 18. Recebidos da Conciliação sem Sentença 19. Remetidos para Conciliação 23. Baseados na Conciliação com Sentença 24. Baseados na Conciliação sem Sentença 91. Remanescentes em Conciliação 98. Remanescentes sem Sentença/Dec. Terminativa 99. Remanescentes em Tramitação																					

APÊNDICE

APÊNDICE A – Controle Da Coleta De Dados Estatísticos Da Comarca De Nova Iguauçu.

COLETA DE DADOS ESTATÍSTICOS DA COMARCA FEDERAL DE NOVA IGUAÇU, RJ.

PROCESSOS DISTRIBUÍDOS SOBRE "AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO" ENTRE 01/2019 A 06/2019.

• JAN/2019

ORGÃO	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguauçu	33	14	14	1	3	1	13/05/20
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguauçu	46	13	20	3	6	4	13/05/20
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguauçu	46	12	18	3	10	3	18/05/20
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguauçu	36	7	16	2	3	6	20/05/20
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguauçu	28	11	10	1	5	1	21/05/20
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguauçu	45	12	22	3	3	5	22/05/20
RJNIGSEDJA – J. A - Distribuição de Nova Iguauçu	0						
TOTAL	234	88	100	13	30	22	03/08/20

• FEV/2019

ORGÃO	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguauçu	43	15	15	4	6	3	22/05/20
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguauçu	56	21	19	6	3	7	26/05/20
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguauçu	39	8	22	1	4	4	27/05/20
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguauçu	40	11	16	2	7	4	27/05/20
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguauçu	37	8	18	0	4	7	25/05/20
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguauçu	46	12	23	0	3	6	30/05/20
TOTAL	261	75	113	13	27	33	03/08/20

• MAR/2019

ORGÃO	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguauçu	35	13	15	1	3	3	01/06/20
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguauçu	40	14	18	4	2	2	02/06/20
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguauçu	32	9	15	0	6	2	03/06/20
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguauçu	38	15	13	2	3	5	04/06/20
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguauçu	42	10	17	2	3	10	04/06/20
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguauçu	45	11	22	1	6	5	05/06/20
TOTAL	232	72	100	10	23	27	04/08/20

• ABRIL/2019

ORGÃO	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguauçu	50	21	14	4	7	4	08/06/20
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguauçu	50	16	12	6	10	6	09/06/20
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguauçu	40	12	13	3	9	3	10/06/20
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguauçu	38	15	8	2	8	3	11/06/20
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguauçu	44	6	24	1	8	5	12/06/20
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguauçu	53	16	15	3	10	9	26/06/20
TOTAL	273	86	86	19	52	30	04/08/20

• MAIO/2019

ORGÃO	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguauçu	50	18	19	1	7	5	16/06/20
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguauçu	55	27	14	4	5	5	18/06/20
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguauçu	45	17	11	5	4	8	26/06/20
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguauçu	51	25	5	3	9	9	27/06/20
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguauçu	58	21	24	1	4	8	28/06/20
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguauçu	52	9	22	4	8	9	26/06/20
TOTAL	311	117	95	18	37	44	05/08/20

• JUN/2019

ORGÃO	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguauçu	37	15	9	3	4	6	20/07/20
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguauçu	39	15	13	3	6	2	20/07/20
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguauçu	33	12	7	4	6	4	21/07/20
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguauçu	39	12	14	2	5	6	21/07/20
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguauçu	39	8	19	2	4	6	22/07/20
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguauçu	41	11	18	5	3	4	22/07/20
TOTAL	228	73	80	19	28	28	05/08/20

RESULTADO PESQUISA

VARAS DA COMARCA DE NOVA IGUAÇU	DISTRIBUÍDOS	PROCEDENTES	IMPROCEDENTES	S. SENTENÇA	EXTINTO	ACORDO	DATA
TOTAL	1539	492	574	92	197	184	05/08/20
PORCENTAGEM	100%	31,97%	37,30%	5,98%	12,80%	11,95%	

PROCESSOS IMPROCEDENTES

• JANEIRO/2019

ORGÃO	IMPROCEDENTES	P. APTO TRAB	P. QUAL SEGURADO	CARÊNCIA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	14	14		
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	20	19	1	
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	16	16	2	
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	16	14	2	
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	10	10		
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	22	21		1
TOTAL	100	94	5	1

• FEVEREIRO/2019

ORGÃO	IMPROCEDENTES	P. APTO TRAB	P. QUAL SEGURADO	CARÊNCIA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	15	15		
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	19	19		
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	22	22		
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	16	16		
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	18	17	1	
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	23	21	1	1
TOTAL	113	110	2	1

• MARÇO/2019

ORGÃO	IMPROCEDENTES	P. APTO TRAB	P. QUAL SEGURADO	CARÊNCIA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	15	15		
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	18	18		
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	15	15		
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	13	11	2	
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	17	16	1	
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	22	20	2	
TOTAL	100	95	5	

• ABRIL/2019

ORGÃO	IMPROCEDENTES	P. APTO TRAB	P. QUAL SEGURADO	CARÊNCIA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	14	14		
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	12	12		
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	13	12	1	
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	8	6	2	
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	24	22	2	
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	15	13	2	
TOTAL	86	79	7	

• MAIO/2019

ORGÃO	IMPROCEDENTES	P. APTO TRAB	P. QUAL SEGURADO	CARÊNCIA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	19	17	2	
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	14	13	1	
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	11	10	1	
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	5	5		
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	24	24		
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	22	21		1
TOTAL	95	90	4	1

• JUNHO/2019

ORGÃO	IMPROCEDENTES	P. APTO TRAB	P. QUAL SEGURADO	CARÊNCIA
RJNIG03F – J. Federal da 3ª VF de Nova Iguaçu	9	9		
RJNIG03S – J. Substituto da 3ª VF de Nova Iguaçu	13	11		2
RJNIG04F – J. Federal da 4ª VF de Nova Iguaçu	7	7		
RJNIG04S – J. Substituto da 4ª VF de Nova Iguaçu	14	12	1	1
RJNIG05F – J. Federal da 5ª VF de Nova Iguaçu	19	18		1
RJNIG05S – J. Substituto da 5ª VF de Nova Iguaçu	18	18		
TOTAL	80	75	1	4

TOTAL	574	543	24	7
-------	-----	-----	----	---

**INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: DIGRESSÕES
ACERCA DO INSTITUTO E ANÁLISE DA TENTATIVA DE
FEDERALIZAÇÃO DO CASO MARIELLE FRANCO E ANDERSON GOMES**

Vitória Souza Gusmão¹

Leonardo Nolasco²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), instituto trazido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que consiste na possibilidade de o Procurador-Geral da República suscitar diante do Superior Tribunal de Justiça o deslocamento de competência para a Justiça Federal de processos ou inquéritos que envolvam graves violações aos direitos humanos. Nessa perspectiva, o presente artigo científico discorrerá acerca da criação do instituto, a intenção do legislador em sua elaboração, suas características, como ele conversa com os princípios postulados na Constituição Federal de 1988 e, por fim, realizar-se-á uma breve análise do panorama geral de um dos acontecimentos mais atuais e midiáticos em relação ao tema: o caso do assassinato da vereadora Marielle Franco e o motorista Anderson Gomes, com o intuito de compreender melhor a aplicação do instituto no referido caso concreto.

Palavras-Chave: Incidente. Deslocamento de Competência. Direitos humanos. Federalização. Constituição Federal. Constitucionalidade.

**INCIDENTE OF COMPETENCE DISPLACEMENT: THE
INSTITUTE'S NORMATIVITY AND ANALYSIS ABOUT THE
FEDERALIZATION ATTEMPT OF THE CASE MARIELLE
FRANCO AND ANDERSON GOMES**

ABSTRACT

This paper deals with the Displacement of Competence Incident (IDC), an institute brought by Constitutional Amendment no. Federal prosecutions or investigations involving serious violations of human rights. In this perspective, this scientific article will discuss the creation of the institute, the intention of the legislator in its elaboration, its characteristics, how it talks with the principles postulated in the Federal Constitution of 1988 and, finally, a brief analysis will be carried out. of the general panorama of one of

¹ Graduanda pela Universidade Iguazu.

² Orientador do trabalho. Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis (2012), tendo cursado pós-graduação lato sensu em Direito Público pela Universidade Iguazu (2008), Instituição onde se graduou em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas - FaCJSA (2005). Exerceu a função de Coordenador do Escritório de Assistência Jurídica da Universidade Iguazu (2008-2013), onde também ocupou o cargo de Coordenador-Adjunto do Curso de Direito (2012-2013). Atualmente atua como professor assistente nos Centros Universitários UniAbeu (Nilópolis-RJ) e UBM (Barra Mansa-RJ) e na Universidade UNIG (Nova Iguazu-RJ).

the most current and media events in relation to the theme: the case of the murder of city councilwoman Marielle Franco and driver Anderson Gomes, in order to better understand the application of the institute in that specific case.

Keyword: Incident. Competence Displacement. Human rights. Federalization. Federal Constitution. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, comumente conhecida como Reforma do Poder Judiciário, estabeleceu mudanças significativas no ordenamento jurídico pátrio, como: a constitucionalização dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos desde que aprovados respeitando os trâmites elencados no artigo 5º, §3; o estabelecimento da submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha sido manifestado adesão, e a incorporação ao artigo 109 do §5 que trata do Incidente de Deslocamento de Competência, habitualmente representado pela sigla IDC e tema do presente artigo.

O referido parágrafo prevê a possibilidade de o Procurador-Geral da República suscitar o Incidente de Deslocamento de Competência diante do Superior Tribunal de Justiça, seja qual for a fase do inquérito ou do processo, com a finalidade de garantir que serão cumpridos todos os encargos resultantes dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja assinante.

Diante do exposto, o presente artigo tem como primeiro objetivo traçar um panorama acerca da criação do instituto para que se possa entender melhor qual é a finalidade buscada pelo legislador com a implementação do Incidente no ordenamento jurídico pátrio. Em segundo plano, busca-se também estabelecer os requisitos e pressupostos de admissibilidade do instituto. Dessa maneira, será utilizado o método dedutivo, recorrendo-se a análise bibliográfica, tendo como foco a jurisprudência e os textos de doutrinadores brasileiros.

Ademais, realizar-se-á análise acerca da tentativa de federalização do caso do assassinato da vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes, buscando traçar um panorama geral dos votos dos ministros da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça que julgaram o deslocamento de competência. Por fim, o presente trabalho busca responder a seguinte pergunta: tendo em vista tudo que foi estudado acerca do Instituto

quanto a sua aplicabilidade e correlação com os princípios constitucionais, no caso em cotejo, a não aplicação do deslocamento de competência foi a melhor resposta?

1. DA CRIAÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Primeiramente, é importante discorrer acerca do movimento do Neoconstitucionalismo, também conhecido como pós positivismo, pois ele apresenta impacto na criação do Instituto em comento. O Neoconstitucionalismo trata-se de um movimento pós constitucionalismo moderno, surgiu na metade do século XX, no pós guerra, a partir dos anos 70 (período marcado pela transição dos regimes autoritários para os regimes democráticos), trazendo a ideia de como aplicar a Constituição em diversas áreas do direito e torná-la efetiva evitando que barbaridades aconteçam novamente na sociedade (PORTAL F3, 2020).

De forma breve, é importante aduzir que antes do referido movimento existia o positivismo, que nos planos tanto filosóficos quanto histórico precedem o Neoconstitucionalismo. No positivismo não havia muita preocupação com as questões de direitos humanos, apresentando como uma de suas características uma visão avalorativa (JUS, 2012).

É bem verdade que as Constituições anteriores à Segunda Guerra Mundial já prescreviam direitos fundamentais e normas de cunho econômico e social. Ocorre que dada a marca do positivismo, que tinha como padrão os ditames legais, tais direitos eram considerados meros programas, enquanto não houvesse lei que o instrumentalizassem (BONAVIDES, 2006, p. 263).

Portanto, quando falamos de Neoconstitucionalismo, conseqüentemente lidamos com a questão da reaproximação do direito com a moral e a ética, a força dos princípios, fundamentação das decisões, comprometimento com a força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional, revolução na hermenêutica constitucional e centralização dos direitos humanos (PORTAL F3, 2020).

No Neoconstitucionalismo busca-se:

dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo a ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais

(LENZA, 2009, p. 55).

A Constituição Federal de 1988, nasceu em resposta ao cenário de fim dos governos militares pois restou claro a necessidade de uma nova norma constituinte para que o país se redemocratizasse. Por consequência, o texto normativo trouxe consigo prestações positivas para o Estado, sendo ela apelidada de Constituição Cidadã, com fito de estabelecer no Brasil o Estado Democrático- Social de Direito (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 31).

Salienta-se que com o advento da EC nº 45, restou estabelecido no §3 do artigo 5^o que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão status de Emenda Constitucional. Também foi introduzido no ordenamento jurídico, pela mesma emenda, o Incidente de Deslocamento de Competência, com a inserção do §5 no artigo 109 da Constituição Federal de 1988⁴. Esse instituto prevê a possibilidade de federalização de graves violações aos direitos humanos, mostrando assim um maior empenho dos legisladores acerca da efetivação das normas constantes na norma maior (LENZA, 2009, p. 471).

Ademais, quando o Estado assina um tratado internacional sobre direitos humanos, incumbe a ele adotar medidas necessárias para que o tratado seja cumprido de forma efetiva, na sua integralidade. Denomina-se “cláusula federal” e possui sua previsão no art. 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵, assinada na Conferência

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1998).

⁴ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (BRASIL, 1998).

⁵ Artigo 28. Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 (CIDH, 1969).

Deste modo, depreende-se do artigo supramencionado que quando um Estado Parte é constituído na forma de Estado Federal, incumbe ao governo nacional do aludido Estado Parte cumprir com todas as disposições da Convenção que foi assinada por ele, pertinentes com as matérias sobre as quais desempenha competência legislativa e judicial. Desta forma, existindo abuso aos direitos humanos por um ente da federação integrante do Estado Parte signatário de determinada Convenção, o encargo será atribuído ao ente central, representado no Brasil pela União, não podendo se valer da questão do federalismo e da autonomia que os entes federados possuem para se eximir das responsabilidades adquiridas (CIDH, 1969).

Para os Estados cujas instituições responderem de forma eficaz às violações, a federalização não terá qualquer incidência maior – tão somente encorajará a importância da eficácia destas respostas. Para os Estados, ao revés, cujas instituições se mostrarem falhas ou omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que: a) assegurará maior proteção à vítima; b) estimulará melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros; c) gerará a expectativa de resposta efetiva das instituições federais; e d) se ambas as instituições – estadual/federal – se mostrarem falhas ou omissas, daí, sim, será acionável a esfera internacional – contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se chance à União de responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional). Isto equacionará, ademais, a posição da União no contexto de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos (PIOVESAN, 2005, p.80-81).

Em síntese, diante do histórico apresentado, pode-se firmar o entendimento de que com o intuito de garantir o efetivo cumprimento das disposições trazidas pelos tratados que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e evitar uma possível responsabilização perante os órgãos internacionais, foi introduzido o Instituto do Incidente de Deslocamento de Competência.

3.Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção (CIDH, 1969).

2 DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

O Incidente de Deslocamento de Competência concebe tão-somente uma das medidas admissíveis de transferência da competência estadual para a federal. Assim sendo, seus pré-requisitos e pressupostos que o individualizam dos demais instrumentos serão delineados adiante.

2.1 Aspectos gerais

A norma inclusa no artigo 109, inciso V⁶ e em seu § 5º, é de fácil entendimento, nela está contido como se dará o início do procedimento para que ocorra o deslocamento de competência. O artigo em comento deixa de forma implícita que não concerne ao Procurador Geral da República (PGR), chefe do Ministério Público Federal, realizar qualquer juízo de admissibilidade para que o deslocamento se efetive. Para o PGR, incumbirá apenas a análise acerca dos pressupostos constitucionais e sua interpretação em relação ao instituto para que o IDC seja sustentado perante ao Superior Tribunal de Justiça, sendo este último que analisará se ocorrerá de fato o deslocamento ou não (COSTA, 2016, p. 211).

Frisa-se que apesar do PGR ser o único com legitimidade ativa para suscitar tal Instituto perante o STJ, existe a possibilidade de qualquer pessoa provocar o Procurador-Geral, conforme constante no art.5º, XXXIV⁷ da CRFB/886 que trata do direito de petição, requerer a Federalização de um caso concreto. Dessa maneira, ele em conjunto com as suas comissões, avaliará as condições, pressupostos, requisitos e a praticabilidade para propositura do Incidente (BARROS, 2017, p. 15).

Depreende-se do texto constitucional e da jurisprudência que há requisitos a serem preenchidos para que a federalização seja alcançada, sendo eles: a ocorrência de violação grave a direitos humanos, a real necessidade diante dos fatos que justifique uma

⁶ Art. 109 – Aos Juízes Federais compete processar e julgar:

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (BRASIL, 1998).

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL, 1998).

necessidade de maior asseguramento em relação ao cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e a inabilidade da Justiça Comum para responder e atender as demandas que o caso em concreto exige (COSTA, 2016, p. 211).

a) Quando houver grave violação aos direitos humanos; e b) Quando estiver evidenciada uma conduta das autoridades estaduais reveladora de falha proposital ou por negligência, imperícia, imprudência na condução de seus atos, que vulnerem o direito a ser protegido, ou ainda que revele demora injustificada na investigação ou prestação jurisdicional, gerando o risco de responsabilização internacional do Brasil, por descumprimento de nossas obrigações internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2018, p. 601-602).

Urge destacar que a questão da “grave violação de direito humanos” é importante para caracterizar a especificidade do Incidente, entretanto, é fundamental que a conduta da autoridade estadual competente seja inqualificável em relação a efetivação das obrigações sobre direitos humanos assumidas pelo Brasil. Com isso, deve ser demonstrado no caso concreto a inércia, incapacidade das autoridades responsáveis, e até mesmo falta de vontade política e condições reais e materiais para a melhor conclusão do caso pelo Estado-membro. É de suma importância reiterar que o deslocamento do feito, pode ser dado em qualquer fase (inquérito ou processo judicial) e de qualquer espécie (cível ou criminal) para a Justiça Federal (RAMOS, 2018, p. 601).

Em se tratando do processamento, de acordo com a Resolução nº 06/2005 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a competência para o julgamento do Incidente será da Terceira Seção, composta pelos Ministros da 5ª e 6ª Turmas do STJ (NORMAS BRASIL, 2005). Sanada a questão do deslocamento e ele sendo deferido pelo STJ, a condução do processo para a Justiça Federal será definida de acordo com os ditames legais, respeitando todas as demais regras constitucionais e legais de competência, como o juiz natural e o regimento interno do Tribunal.

O princípio supramencionado do Juiz Natural está consagrado no artigo 5º, XXXVII⁸ e LIII⁹ na Constituição Federal de 1988, possuindo os seguintes comandos: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (PAULO; ALEXANDRINO, p. 160-161). Dessa maneira, conclui-se que é primordial que sejam obedecidas as competências fixadas pela Norma Maior e a legislação infraconstitucional, pois o Instituto prevê a mudança da condução das investigações ou dos processos judiciais para os órgãos diversos da Justiça Federal de acordo com os critérios estabelecidos anteriormente, respeitando as competências já previstas, como já mencionado no parágrafo anterior.

Portanto, a título de exemplo, em caso de crime doloso contra a vida, ficará estabelecido da seguinte forma: a competência do Tribunal do Júri Estadual será deslocada para o Tribunal do Júri Federal. Se for caso de foro por prerrogativa de função, será observado tal foro na esfera federal, seguindo essa linha de raciocínio, deste modo não há de se falar em desrespeito ao princípio constitucional do juiz natural (RAMOS, 2018, p. 601).

Não se ofende o princípio do juiz natural se, ao criar uma Vara nova, especializada em determinada matéria, vários processos para ela são encaminhados, desvinculando-se de outros juízos onde tramitavam. A medida é geral e abrangente, tomada em nome do interesse público, sem visar qualquer réu específico (NUCCI, 2005, p. 79).

Destaca-se que o Instituto do deslocamento de competência foi introduzido no ordenamento jurídico de forma idônea, por meio de Emenda Constitucional, e sua finalidade não foi a de danificar a figura da imparcialidade do juiz ou órgão julgador, mas sim dar maior efetividade as normas constantes nos tratados internacionais de direitos humanos (JUS, 2013).

As justiças especializadas no Brasil não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal e demais leis de organização judiciária. Portanto, a proibição de existência de tribunais de exceção

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (BRASIL, 1998).

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1998).

não abrange a justiça especializada, que é atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário (MORAES, 2002, p. 109).

Além disso, deve-se assinalar que o Instituto é adequado em casos de graves violações de direitos humanos para garantir obrigações decorrentes de tratados internacionais e não tem como foco tão-somente ou somente condenar os autores de graves violações de direitos humanos. Essa diferença merece destaque porque é comum que os Incidentes de Deslocamento de Competência sejam distorcidos em sua finalidade, tornando-os um incidente processual penal, e não um meio de garantir o cumprimento de obrigações internacionais e proteger os direitos humanos, podendo abranger outras áreas (BARROS, 2017, p. 13).

Por todo o exposto, já sanadas algumas questões acerca do Instituto em sua forma geral, será analisado abaixo, de forma sucinta, dois pontos do Incidente que influenciam diretamente no pedido de deslocamento de competência do caso de assassinato da vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes.

2.2 Graves violações de Direitos Humanos

Primeiramente, cabe destacar a distinção entre a ideia de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos que são comumente utilizadas como sinônimos sendo que há traços que distinguem essas duas expressões.

A expressão Direitos Humanos é empregada para indicar as intenções de respeito à pessoa humana, posta em documentos de direito internacional, direitos esses considerados pertencente ao homem, inerente ao ser humano, universalmente considerado, sem limitação a determinada ordem jurídica ou geográfica. Em contraponto, a expressão Direitos Fundamentais é utilizada para designar os direitos relativos as pessoas de determinada região que são arroladas em textos do ordenamento jurídico de cada Estado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 95)

Sanada a questão das expressões, de acordo com o extraído do artigo 109, §5 da CF/88, é válido ressaltar que o constituinte derivado reformador optou por utilizar o termo “grave violação” em se tratando da transgressão aos direitos humanos. Com isso, houve diversas discussões doutrinárias no sentido de achar uma melhor conceituação para o termo utilizado (COSTA, 2016, p. 212).

Resta claro que o legislador decidiu não construir um rol taxativo de quais seriam as hipóteses de graves violações de direitos humanos, pois conseqüentemente iria acabar restringindo demais as situações cabíveis, e acabar impossibilitando a aplicação do Incidente em determinados casos importantes (COSTA, 2016, p. 212).

Dessa maneira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desempenha um papel de grande importância pois é baseado nela que tem sido construído a conceituação de “graves violações de direitos humanos” no sentido do confronto da lei escrita frente ao caso concreto, utilizando-se o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, com o objetivo de não trivializar o Incidente e fazer com que não ocorra o esvaziamento das pautas na justiça estadual.

É imprescindível, todavia, verificar o real significado da expressão “grave violação de direitos humanos”, tendo em vista que todo homicídio doloso, independente da condição pessoal da vítima e/ou repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida (BRASIL, 2005).

É sabido que todas as violações aos direitos humanos são graves por si só, contudo, tem-se constatado que algumas violações de direitos humanos perpassam da normalidade e conseqüentemente fazem jus a um tratamento especial por exceder determinado nível de gravidade.

Ademais, pode-se arguir que a definição de graves violações aos direitos humanos será uma tarefa imperativa, mas não subjetiva, diante dos inúmeros parâmetros e normas que possuem ligações com o sistema internacional de proteção destes direitos. Há de ser um crime que viole um bem de proteção jurídica elevada no sistema nacional e internacional, em circunstâncias excepcionais ou que representem práticas sistemáticas de violações a grupos vulneráveis (BARROSO, 2006, p. 40).

À vista disso, percebe-se que é importante a diferenciação das graves violações de direitos humanos, o que necessariamente não implica na questão de possível hierarquização dos direitos, mas apenas na intenção de estabelecer contextos que demandam um tratamento mais direcionado devido a sua complexidade e especificidades.

Assim, por conclusão, nota-se que o conceito de “grave violação” guarda enorme relação com o caso concreto que será analisado de acordo com as necessidades e os parâmetros estabelecidos para que o IDC seja utilizado, sob a égide do princípio da

proporcionalidade ou razoabilidade, com o intuito de efetivar os direitos e deveres estabelecidos nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

2.3 Da inércia ou incapacidade das autoridades responsáveis em responder o caso concreto

Ao analisar alguns Incidentes e fazer a leitura da doutrina em relação ao tema proposto, é possível compreender que o entendimento geral é que se o órgão estadual responsável cumpre integralmente suas funções, não há motivos pelos quais enseje a substituição de competência. Pois caso não fique comprovado que houve por parte das autoridades responsáveis negligência ou até mesmo demora injustificada na investigação ou julgamento do crime não há justificativa para que uma autoridade federal assuma a responsabilidade pelo processo e pelos julgamentos subsequentes, visto que o trabalho realizado pelos competentes originários está sendo cumprido de forma adequada.

Em verdade, o deslocamento de competência é medida excepcional, de caráter subsidiário tal como as demais medidas constitucionais que dispõem sobre conflitos federativos, pois se não as fosse, o legislador teria atribuído a competência diretamente à Justiça Federal. Sendo assim, a competência do Estado federado resta reafirmada, transferindo para o âmbito federal apenas os casos em que o poder estadual não possui meios efetivos para reprimir e punir a grave violação aos direitos humanos (CAZETTA, 2009, p. 159).

No IDC nº1 que tratou do caso da missionária Dorothy Mae Stang¹⁰, o Ministro Arnaldo Esteves Lima pontuou a questão da subsidiariedade do Instituto, entendimento este consolidado pela Corte:

O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade

¹⁰ “Norte-americana naturalizada brasileira, irmã Dorothy chegou ao Brasil em 1966 e desde a década de 1970 atuava na região amazônica, mantendo intensa agenda de diálogo com lideranças camponesas, políticas e religiosas, na busca de soluções para os conflitos relacionados à posse e à exploração da terra [...] Numa estrada de terra de difícil acesso a 53 quilômetros de Anapu (PA), a missionária católica Dorothy Mae Stang foi assassinada com sete tiros, por defender os sem-terra” (MEMORIAL DA DEMOCRACIA, 2005).

política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal (BRASIL, 2005).

É importante salientar que esse requisito é de suma importância e em cada caso concreto deve ser analisado de forma minuciosa pois no Brasil é existente um histórico de envolvimento até mesmo de agentes públicos nessas violações, portanto, resta comprometida as investigações ou o processo judicial podendo-se fazer correlação com a inércia do andamento dos casos devido a esse fator.

Conclui-se que o Instituto em comento se trata de medida subsidiária, necessitando da comprovação de que as autoridades competentes originárias não estão cumprindo com os devidos processos para uma melhor elucidação do caso, necessitando que sua competência seja deslocada para a Justiça Federal para que então seja solucionado o caso em concreto.

3 DO CASO MARIELLE FRANCO E ANDERSON GOMES

Em 17/09/2019, a então Procuradora Geral da República àquela época, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, ajuizou perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) o IDC nº 24/DF, que tinha como base o pedido de transferência de tudo o que consta da investigação do mandante dos assassinatos da vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes da esfera estadual para a esfera federal, permanecendo no âmbito estadual o processamento dos executores que já foram identificados (JUSBRASIL, 2020).

Em 27/05/2020, seguindo sua linha decisória de tempos, o STJ entendeu que o caso não preenche os requisitos enquadrados como necessários para que ocorra a federalização, pois não ficou comprovada a inércia ou desinteresse por parte das autoridades estaduais nas investigações para resolver o crime (JUSBRASIL, 2020). Diante do exposto, abaixo será traçado os pontos fortes do voto da Ministra Relatora e como votaram alguns ministros que a acompanharam.

3.1 Voto do Relator

A Ministra Relatora foi a Min. Laurita Vaz que em primeiro lugar propôs a suspensão do segredo de justiça apenas para aquele ato, tendo em vista que as sessões por videoconferência vêm sendo transmitidas pelo Youtube e também pela ampla publicidade do caso em tela. De forma oportuna também destacou que até a presente data, inexistente legislação ordinária regulamentando a norma constitucional, o que, contudo, não afasta

sua imediata aplicabilidade tendo em vista o que é preconizado no artigo 5º, §1º¹¹ da CRFB/88 (JUSBRASIL, 2020). Dito isto, iniciou-se a sessão com o voto da relatora que decidiu pela improcedência do deslocamento.

Como foi exposto acima, o processo tramitou em segredo de justiça, com isso, para efeito de pesquisa do caso utilizaremos como base a sessão que decidiu sobre a improcedência do IDC, e como extraído da própria sessão, restou claro que o pedido tinha como base as seguintes premissas: a) risco de possível responsabilização do Brasil nas Cortes Internacionais por descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; b) grave violação aos direitos humanos; c) relatos de contaminação do aparato policial do Estado do Rio de Janeiro pelo crime organizado, influenciando no desfecho da resolução do crime em comento e a suposta falta de adoção de medidas necessárias para pôr fim a essa questão (JUSBRASIL, 2020).

No que se refere ao tema da responsabilização do Brasil frente aos órgãos internacionais, a relatora pontuou da seguinte forma:

É certo que o Brasil se comprometeu, ao aderir a acordos multilaterais, a garantir proteção a direitos internacionalmente consagrados, em especial, os direitos humanos. Contudo, a responsabilização por eventual descumprimento, necessariamente, deve decorrer de inércia, descaso, condescendência, ou seja, de uma inação ou de uma ação descompromissada com o bem jurídico tutelado. Hipótese inexistente no caso (JUSBRASIL, 2020).

Outrossim, pontua também que:

Convém esclarecer que, até o momento, não se tem notícia de abertura de nenhum procedimento formal perante as Cortes Internacionais para apurar eventual responsabilidade do Brasil decorrente de suposto descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais (JUSBRASIL, 2020).

No que concerne a este assunto, extrai-se um entendimento já abordado no presente artigo que é a importância da junção de todos os pressupostos de admissibilidade para que o deslocamento seja realizado, tendo em vista que trata de instituto considerado subsidiário e excepcional. Dessa forma, segundo a visão da Ministra Laurita Vaz, o caso em concreto além de não possuir formalmente abertura de responsabilização contra o Brasil decorrente de descumprimento de tratados internacionais de Direitos Humanos

¹¹ Artigo 5º, § 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

salientou também que este ponto em específico deve ser analisado não tão-somente por uma eventual responsabilização ou não do Brasil frente as cortes internacionais mas também como a autoridade competente tem trabalhado para a elucidação do caso e os esforços que estão sendo utilizados para a resolução do crime da forma mais célere possível.

Consoante a grave violação aos direitos humanos, a Ministra Relatora registra que:

O caso chocou não só o país, mas também a comunidade internacional, tanto pela brutalidade dos homicídios quanto pelo simbolismo da ação delituosa – atentado contra a vida de parlamentar, eleita com votação expressiva, que se dedicava à defesa de grupos sociais menos favorecidos, com discursos de oposição a ações do crime organizado na cidade do Rio de Janeiro. Todas essas circunstâncias que pairam sobre o caso, ainda inconcluso, parecem apontar para uma execução planejada, com indicativos de participação de organização criminosa, o que, evidentemente, configura gravíssimo atentado não só aos direitos humanos, mas ao próprio Estado Democrático de Direito (JUSBRASIL, 2020).

No tocante a terceira premissa, trata-se do argumento central para o pedido de deslocamento (JUSBRASIL, 2020). É um dos argumentos utilizados para rebater a seguinte tese é que a ministra lembrou que no dia posterior ao crime (15/03/2018), o Ministério Público Federal instaurou um grupo de trabalho (GT) composto por cinco Procuradores para acompanhar as investigações ficando demonstrada uma precipitação por parte dos Procuradores e flagrantemente uma invasão de atribuições, tendo em vista que o crime havia acabado de ocorrer (JUSBRASIL, 2020).

Outro argumento utilizado foi que apesar de ser entendimento comum que quanto mais demorado for o transcurso de uma investigação, mais favorável será para os criminosos. É de suma importância ter a consciência de que por tratar-se de crime complexo, envolvendo diversos agentes e outros tipos de crime em conjunto, necessitaria de tempo maior para ser solucionado e caso a federalização tivesse ocorrido, não existe nenhum tipo de comprovação que o crime seria solucionado de forma mais célere após o deslocamento.

As tribulações inerentes ao caso – frise-se, de altíssima complexidade – não seriam exclusividade dessa ou daquela polícia judiciária. Ouso afirmar que qualquer instituição brasileira de investigação enfrentaria as mesmas dificuldades, os mesmos obstáculos e contratempos surgidos no inquérito em curso perante a Polícia Civil fluminense (JUSBRASIL, 2020).

Outrossim, em continuidade, a Ministra cita que de acordo com o disposto no artigo 3º, inciso VIII da Lei nº 12.850/2013¹² é permitido, sem prejuízo da adoção de outros métodos já previstos em lei, que em qualquer fase da persecução penal poderá ocorrer a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação criminal (JUSBRASIL, 2020). Com isso, ela conclui que não há necessidade de utilizar-se do instituto excepcional e subsidiário que é o IDC tendo em vista que existe a possibilidade de cooperação entre as instituições e órgãos federais e estaduais, conforme supramencionado, e que não houve inércia, tampouco recusa de trabalho em conjunto nas investigações acerca do mandante dos assassinatos da vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes (JUSBRASIL, 2020).

Mas também, vale frisar que a Ministra deixa claro que no caso em cotejo, a autoridade estadual competente para a investigação do crime tem se mostrado empenhada para a elucidação do caso, e caso ocorra a união dos órgãos federais e estaduais conforme disposto no parágrafo acima, pode ser bastante vantajoso e eficaz (JUSBRASIL, 2020).

A Ministra Relatora Laurita Vaz, por entender que não foram atendidos de forma concomitante, a possibilidade de responsabilização do Brasil frente as cortes internacionais e a demonstração de incompetência, inabilidade das instituições locais competentes para a apuração dos crimes, o Incidente de Deslocamento de Competência do caso Marielle Franco e Anderson Gomes foi negado (JUSTIÇA POTIGUAR, 2020).

3.2 Voto dos demais Ministros

Os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 27/05/2020, por unanimidade, decidiram por julgar improcedente o pedido de federalização do caso Marielle Franco e Anderson Gomes, seguindo os termos do voto da Ministra Relatora Laurita Vaz. Os Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antônio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram de acordo com o voto da Ministra Relatora. O

¹² “Lei que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal” (BRASIL, 2013).

Ministro Felix Fischer estava ausente, mas de forma justificada e quem presidiu a seção foi o Ministro Nefi Cordeiro (JUSBRASIL, 2020).

O Senhor Ministro Jorge Mussi asseverou que a principal característica do Instituto é a excepcionalidade e que diante de tudo que foi analisado no caso em concreto, para ele, é evidente que não se tem um conjunto de dados satisfatórias para assegurar com firmeza a inabilidade das autoridades estaduais em proporcionar uma resposta em tempo razoável, por isso, resta descaracterizado e, portanto, não há que se falar em deslocamento de competência afastando (JUSBRASIL, 2020).

O respeitável Ministro ressalta que:

Diante desse contexto, no qual constam a instauração de 8 inquéritos policiais, 2 procedimentos de investigação criminal (PIC) e mais 5 ações penais ajuizadas, todas decorrentes dos fatos que resultaram nas mortes da vereadora Marielle Francisco da Silva e de seu motorista Sr. Anderson Pedro Mathias Gomes, resta demonstrado que as autoridades estaduais se encontram empenhadas em dar uma resposta eficiente à violação de direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal (JUSBRASIL, 2020).

Em continuidade, o Ministro Rogério Schietti Cruz, segue a mesma linha de raciocínio, relatando que em seu entendimento, não restou demonstrada o não interesse na elucidação do caso pelas autoridades locais competentes, e em reforço, salienta que não só a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro como também o Ministério Público daquela unidade federativa tem trabalhado arduamente. Como prova disso já foi identificado, em cerca de um ano após intensas investigações, os executores do duplo homicídio, sendo eles Ronnie Lessa e Élcio Vieira de Queiroz (JUSBRASIL, 2020). Todavia, em seu voto, o Ministro Rogério faz a seguinte ressalva:

Decerto que houve falhas e talvez, como assinala o MPF, tentativas de desviar o foco das investigações. Mas foram episódios isolados, creditados a um ou outro agente público. As instituições referidas em nenhum momento demonstraram titubeio ou fraqueza na decisão de investigar e chegar aos eventuais mandantes (JUSBRASIL, 2020).

Outrossim, em seu voto, o Ministro Ribeiro Dantas levanta uma questão realmente importante acerca do Instituto e do caso em comento que não foi suscitado pelos outros ministros de forma tão explícita. Em relação a grave violação aos direitos humanos o Ministro relata que no caso concreto:

há grave violação a direitos humanos, porque temos uma espécie de feminicídio político e, ao mesmo tempo, um crime de ódio. Além da questão de se tratar de uma mulher, há a questão de ser ela negra, de ter ela uma orientação sexual que diverge da maioria e de defender os pobres que vivem na periferia, e de esse assassinato ocorrer sendo ela detentora de poder. Porque há muitas outras pessoas nessa situação minoritária mas que não são vítimas de atentados assim. Ela estava numa situação de poder porque conseguiu se eleger vereadora, muito bem votada, e fazia de seu cargo parlamentar uma tribuna para a defesa de suas ideias. Esse primeiro pressuposto pode existir, mas o segundo, que é o risco de responsabilização internacional do Brasil em face do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais, parece simplesmente uma especulação, uma coisa muito remota (JUSBRASIL, 2020).

O Ministro Ribeiro Dantas, traz à tona questionamento levantado oralmente pelo Dr. Humberto Jacques (Vice Procurador-Geral da República à época) e que não foi enfrentado no voto da Ministra Relatora devido a esse fato, que traz a ideia de que tendo em vista que o duplo homicídio (assassinato da vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes) e a tentativa de homicídio (Fernanda Gonçalves Chaves, assessora parlamentar da vereadora) aconteceram em período onde a segurança do Estado do Rio encontrava-se sob intervenção federal, consequentemente acarretaria em um interesse maior da União (JUSBRASIL, 2020).

Com data vênua, o Ministro recusou o argumento jurídico, levando em consideração que não existe nada na lei referente a essa questão, e também lembrou que até a data da seção não havia nenhuma lei que regulamentasse o Incidente portanto não há como firmar a tese que a Constituição quer que os crimes cometidos em alguma entidade federativa que esteja sob intervenção federal se tornem federais. Aponta também que caso levado como correto, teríamos que federalizar não apenas o homicídio da vereadora e de seu motorista e a tentativa de homicídio de sua assessora, mas também todos os crimes análogos contra direitos humanos que ocorreram àquela época no Estado do Rio de Janeiro enquanto ele estava sob intervenção federal e que não foram até agora inteiramente solucionados (JUSBRASIL, 2020).

Ademais, ao final do seu voto, o Ministro Ribeiro Dantas declara que:

Não estou preocupado com a afirmação de que se não se federalizar neste caso, não se federalizará mais em nenhum. Isso não me preocupa porque a federalização tem de ser examinada detidamente em cada caso e só vai haver quando, além da grave agressão aos direitos humanos, houver o risco de responsabilização do País nos fóruns internacionais pelo descumprimento de obrigações que assumiu perante a comunidade mundial e a inação, a impossibilidade ou a incapacidade de atuação

devida dos agentes locais, que, neste caso concreto, a meu sentir, não ocorre (JUSBRASIL, 2020).

CONCLUSÃO

Diante do contexto histórico da nossa sociedade em âmbitos gerais, não resta dúvidas do quão necessário se mostra a valorização da proteção dos direitos humanos. Não só da afirmação dos direitos sociais, civis, políticos e dentre outros na esfera da Constituição e suas normas infraconstitucionais, mas também na necessidade da adoção de aparatos que se mostrem eficazes na prática. Por esse motivo o Instituto do Incidente de Deslocamento de Competência mostra-se de suma importância, pois tem como principal escopo garantir que os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário sejam cumpridos.

Constatou-se que o Incidente de Deslocamento de Competência possui três requisitos: a ocorrência de violação grave a direitos humanos, possível responsabilização em relação ao cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e a inabilidade das autoridades locais para atender as demandas existentes no caso em concreto para a elucidação do mesmo. Isto posto, não se trata de medida ordinária, é cogente que os mencionados requisitos coexistam no caso concreto.

Deve-se destacar que a possibilidade de responsabilização frente aos órgãos internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mostra-se essencial nessa jornada pois incorpora ao diário nacional o acatamento as obrigações internacionalmente assumidas. Vale ressaltar que na seara internacional pouco importa como se organiza o Estado, pois mesmo os organizados em forma federativa são vistos como uno e indivisíveis, não podendo ser utilizado a questão do pacto federativo para se eximir de possíveis responsabilizações a nível internacional.

Com isso, de forma lógica, resta claro que o compromisso assumido externamente produz impactos diretos na seara interna, pois o Instituto em comento tem como características a subsidiariedade e a excepcionalidade, e os requisitos para o deslocamento devem ser preenchidos de forma cumulativa, interpretados de forma conjunta, portanto quando é tratado do requisito que versa sobre o descumprimento de obrigações internacionais de direitos humanos este deve ser analisado de acordo com a questão da

conduta das autoridades estaduais na resolução do caso, dando oportunidade ao Estado de se organizar e procurar meios para que suas regras internas sejam cumpridas, visando corrigir as violações aos direitos humanos.

No que se refere ao princípio do Juiz natural, a criação do Incidente não fere o aludido princípio vez que não é criado tribunal de exceção e o deslocamento do processo ou investigação se dá na forma da lei já existente. Trata-se tão somente de uma redistribuição da competência seguindo todos os parâmetros legais.

A transferência de competência deve ser considerada uma ferramenta para fortalecer os esforços conjuntos dos Estados-membros com a União, na busca incansável e paulatina pela efetivação dos direitos humanos garantidos na Constituição brasileira. Deixando de lado o ideário do Constitucionalismo e trazendo mais a vertente do Neoconstitucionalismo que busca a maior efetivação da Constituição e dos comandos previstos nela acerca da dignidade da pessoa humana e outros princípios correlatos.

Diante de tudo que foi estudado, a decisão do STJ por julgar improcedente o Incidente de Deslocamento de Competência do caso de assassinato da Vereadora Marielle Franco e o seu motorista Anderson Gomes foi a mais correta tendo em vista o caso em tela e os requisitos disciplinados no artigo 109, §5º da CRFB/88 e jurisprudenciais que foram criados e consolidados no decorrer dos julgamentos pretéritos de IDC no STJ.

Trata-se de um caso extremamente complexo que possui em sua construção diversos outros crimes, não havendo qualquer demonstrativo de que caso ocorresse a federalização a conclusão de quem foi o mandante do crime seria mais célere. Deste modo, mesmo com alguns obstáculos considerando que o Estado do Rio de Janeiro sofre com o crime organizado, as autoridades locais tem se mostrado empenhadas na elucidação do crime e por ser o IDC exceção e somente ocorre se demonstrada a inabilidade, incapacidade, negligência, imperícia do Estado-membro, por suas instituições (Polícia, Ministério Público e Judiciário) em coordenar a investigação criminal de forma apropriada, contudo no caso não ficou demonstrado conforme toda a construção montada no presente artigo científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Verônica Ferreira Noronha de. **Federalização de graves violações de direitos humanos: estudo da jurisprudência do incidente de deslocamento de competência (IDC)**. 66 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/10763>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

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

BRASIL. Planalto. Constituição (1998). **Emenda Constitucional no 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAZETTA, Ubiratan. **Direitos Humanos e Federalismo: O Incidente de Deslocamento de Competência**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm#:~:text=Artigo%2028.&text=Quando%20se%20tratar%20de%20um,2>. Acesso em: 18 jul. 2020.

COSTA, José Gabriel Pontes Baeta da. Da aplicabilidade do Incidente de Deslocamento de Competência. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v.9, 14ª Edição. Páginas 208-231. Outubro de 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10330>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

JUSBRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ- INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: IDC 1 PA 2005-0029378-4. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO**

QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA IDC. INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À AUTONOMIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/65736/incidente-de-deslocamento-de-competencia-idc-1-pa-2005-0029378-4/inteiro-teor-110001311>>. Acesso em: 04 set. 2020.

JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: IDC 24 DF 2019/0280084-4. INCIDENTE DE DESCOLAMENTO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIOS DE MARIELLE FRANCO E ANDERSON GOMES. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DE FERNANDA GONÇALVES CHAVES. INQUÉRITO POLICIAL CIVIL EM ANDAMENTO, COM SUPERVISÃO DO GAECO DO MPRJ. PRETENDIDO DESCOLAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES DOS MANDANTES PARA A POLÍCIA FEDERAL. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869443131/incidente-de-deslocamento-de-competencia-idc-24-df-2019-0280084-4/inteiro-teor-869443141?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

JUS NAVIGANDI. A constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência (IDC). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24716/a-constitucionalidade-do-incidente-de-deslocamento-de-competencia-idc>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

JUS NAVIGANDI. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

JUS NAVIGANDI. Breves considerações acerca do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24267/breves-consideracoes-acerca-do-incidente-de-deslocamento-de-competencia-idc>>. Acesso em: 02 agosto. 2020.

JUSTIÇA POTIGUAR. **Incidente de Deslocamento de Competência**: análise do caso Marielle Franco. Disponível em: <<https://justicapotiguar.com.br/index.php/2020/05/28/incidente-de-deslocamento-de-competencia-analise-do-caso-marielle-franco/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **Irmã Dorothy Stang é morta a tiros no PA**. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/assassinato-de-dorothy-stang-choca-o-pais>>. Acesso em: 01 set. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORMAS BRASIL. **Resolução STJ nº6 de 16/02/2005**. Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-6-2005_102422.html>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Org.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Método, 2015.

PORTAL F3 JURÍDICO. OAB 2ª FASE DIREITO CONSTITUCIONAL XXXI EXAME ONLINE. **Aula: Direito material (Teoria da Constituição I- Pedro Barreto)**. Disponível em: <<https://www.portalf3juridico.com.br/portal/cursos>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL F3 JURÍDICO. OAB 2ª FASE DIREITO CONSTITUCIONAL XXXI EXAME ONLINE. **Aula: Direito material (Teoria da Constituição II- Pedro Barreto)**. Disponível em: <<https://www.portalf3juridico.com.br/portal/cursos>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL F3 JURÍDICO. OAB 2ª FASE DIREITO CONSTITUCIONAL XXXI EXAME ONLINE. **Aula: Direito material (Teoria da Constituição III- Pedro Barreto)**. Disponível em: <<https://www.portalf3juridico.com.br/portal/cursos>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. 936 p.