



Volume 3, número 2, Jul- Dez, 2020

ISSN: 2594-8768



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

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

- Esp. 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. Eliane Ferreira de Souza Ribeiro, 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
- Esp. Rodrigo Bandeira Marra, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Tereza Fernanda Marstuscello Papa, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Washington Luiz Aquino Ferreira, UNIG - RJ, Brasil

REVISOR

- Msc. Monica Saad, UNIG, RJ, Brasil

Ao Público Leitor,

Apresentamos o volume 3, número 2, Jul-dez, 2020 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 concluídas de pesquisadores graduados e pós-graduados na área do Direito.

O primeiro artigo, de autoria de Anna Paula Oliveira Mendes, **O Modelo de Financiamento de Campanhas Eleitorais no Brasil: Uma Promoção à Igual Liberdade Política de John Rawls?** objetiva demonstrar que as recentes alterações no modelo de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil fomentam o princípio da igualdade de participação política, relacionando-os com a ideia de “justiça como equidade”, inaugurada por John Rawls.

O segundo artigo, de autoria de Claudia Aparecida da Silva Pires, Lohany Dutra Amorim e Felipe Dutra Asensi, **Mulheres Agredidas e o Projeto Violeta em Petrópolis em Tempos de Covid 19**, busca analisar a história da violência doméstica no mundo, os direitos sobre o tema transformados em lei, em especial através da Lei Maria da Penha e, sobretudo, pontuar o desenvolvimento do Projeto Violeta e seu funcionamento no Fórum de Itaipava em tempo de Covid 19.

O terceiro artigo, de autoria de Emanuelle Pereira da Silva, **Análise biopsicossocial na área previdenciária** procura abordar aspectos relativos sobre a análise biopsicossocial para a seguridade social, aquela relacionada a análise médica realizada em perícias administrativas e judiciais por especialistas com vistas a uma perspectiva ambiental e social, entendendo a doutrina que a perícia se torna eficiente quando analisada em todos os aspectos de modo a não prejudicar o incapacitado. A autora desenvolve suas hipóteses através artigo 194 da Constituição Federal e dos posicionamentos doutrinários.

O quarto artigo, de autoria de Norton Maldonado Dias, **De uma perspectiva linear para o direito: Das influências do pós-positivismo jurídico no pensamento de Reale e a exceção causídica à tridimensionalidade**, que objetiva verificar as influências do pós-positivismo jurídico no pensamento de Miguel Reale acerca do pensamento

tridimensional de fato, valor e norma, sendo esta proposta tridimensional pensada em um contexto de culturalismo jurídico e de resgate da Teoria dos Valores de Kant, abordando as influências do pós-positivismo no processo de elevação dos valores morais à condição de norma jurídica.

À seção seguinte, são apresentados os Trabalhos de Conclusão de Curso defendidos na Universidade Iguazu no 2º semestre de 2019. 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 para a avaliação desta revista.

Desejo a todos uma boa leitura!

Prof^a Dr^a Anna Beatriz Esser dos Santos.

Editora – Chefe

**O MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO
BRASIL:**

uma promoção à Igual Liberdade Política de John Rawls?

Anna Paula Oliveira Mendes¹

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar que as recentes alterações no modelo de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil fomentam o princípio da igualdade de participação política, essencial para uma sociedade justa e igualitária, nos moldes da ideia de “justiça como equidade”, inaugurada por John Rawls, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”. Para isso, será feita uma análise dos principais pontos da ideia de “justiça como equidade”, abordando os seus princípios da justiça, sua implicação na esfera política, bem como a ideia de que o poder econômico não deve controlar a pauta política. Após, serão analisadas as mudanças recentes no tema do financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, especialmente após o julgamento da ADI 4650, concluindo, assim, por um aumento na igualdade de participação política no direito brasileiro.

Palavras-chave: John Rawls. Justiça como Equidade. Financiamento de Campanhas.

**THE ELECTORAL CAMPAING FINANCING MODEL IN BRAZIL:
a promotion for John Rawls' Equal Political Freedom?**

ABSTRACT

This article intends to demonstrate that the recent changes in the funding of campaigns in Brazil promotes the principle of equal political participation, essential for a just and egalitarian society, according to the idea of "justice as fairness", inaugurated by John Rawls, in his paper "A Theory of Justice". For this, it will be analysed the main points of the idea of "justice as fairness", like its principles of justice, its implications in the political sphere, as well as the idea that economic power should not control the political agenda. After, it will be analyzed the recent changes in the funding of campaigns in Brazil, especially after the ADI 4650 trial, concluding for an increase in the equality of political participation in Brazilian law.

Key words: John Rawls. Justice as fairness. Funding of Electoral Campaigns.

¹ Advogada e Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a responder a seguinte questão: o modelo de financiamento de campanhas eleitorais vigente no Brasil promove o princípio da igual liberdade política, nos termos como este foi pensando por John Rawls, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”?

Para isso, serão abordados, no primeiro tópico, alguns pontos centrais da ideia de “Justiça como Equidade”, teoria inaugurada por Rawls. Assim, se introduzirá o modelo contratualista pensado pelo autor, segundo o qual o estado de natureza corresponde a uma posição inicial de igualdade, em que sujeitos livres e racionais, cobertos por um véu da ignorância, escolheriam os princípios norteadores da justiça.

Após, serão explanados os dois princípios da justiça que Rawls entende que seriam escolhidos na posição inicial de igualdade, dando-se especial ênfase ao princípio da liberdade igual e sua aplicação na esfera política, consubstanciada no princípio da igualdade de participação.

Partindo da ideia de Rawls de que a influência do poder econômico no jogo político impede a concretização do princípio da igualdade de participação, será analisado o modelo de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

O segundo tópico, portanto, explanará o modelo de financiamento de campanhas vigente à época do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser incompatível com a Constituição as doações às campanhas eleitorais e aos partidos políticos por empresas. Após, serão expostas as inovações legislativas sobre o tema, demonstrando que, paulatinamente, a ordem jurídica brasileira caminha para um modelo de financiamento de campanhas eleitorais que promove a igual liberdade política.

1. JUSTIÇA COMO EQUIDADE: A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Rawls, ao escrever a sua obra “Uma Teoria da Justiça”, pretende inaugurar uma concepção de justiça alternativa às doutrinas utilitária e intuicionista, que denomina de “justiça como equidade”.

Rawls é um autor contratualista, mas sua obra não sugere que o contrato social seja pensado como aquele que introduz uma sociedade em particular ou uma forma particular de governo, mas sim pressupõe que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade sejam o objeto do consenso original. Ele afirma, categoricamente, que seu

objetivo é “apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social” (RAWLS, 1997, p. 3). Neste ponto, a teoria contratualista Rawlsiana difere, portanto, daquelas vistas em Locke, Hobbes e Rousseau, por exemplo.

O estado de natureza, no contrato de Rawls, é entendido como uma posição inicial de igualdade, em que sujeitos livres e racionais, cobertos por um véu da ignorância, escolheriam os princípios norteadores da justiça.

Sendo assim, na posição inicial de igualdade, os sujeitos não detêm qualquer conhecimento sobre o lugar que ocupam na sociedade ou suas características pessoais e sociais, de modo que os princípios que escolheriam para reger sua concepção de justiça seriam isentos de qualquer subjetividade. Assim, tem-se a noção do que seria o “véu de ignorância”, que é esse mecanismo que retira do sujeito qualquer subjetividade.

A teoria rawlsiana, portanto, pretende inaugurar um ideal de justiça como equidade, pois baseada em um consenso acerca dos princípios da justiça obtido em uma situação inicial que é equitativa.

É importante esclarecer que, em sua teoria, Rawls não supõe que o estado de natureza tenha sido uma situação histórica real ou mesmo uma condição primitiva da cultura, mas o entende como uma situação hipotética caracterizada que irá conduzir a uma certa concepção de justiça”.

Deste modo, são inicialmente afastadas, pelo próprio autor, as críticas às teorias contratualistas que indagam que o contrato social nunca foi, de fato, pactuado e firmado. Para Rawls, é certo que os compromissos a que se refere são puramente hipotéticos.

Entretanto, não obstante assumir que a sua posição original é hipotética, o autor sugere que as premissas incorporadas na posição original podem ser aceitas, a qualquer tempo, se os sujeitos se convencerem a fazê-lo mediante o raciocínio filosófico. Assim, após as devidas reflexões, os sujeitos estariam aptos a aceitar determinados princípios como razoáveis.

Para Rawls (1997, p. 24):

Queremos dizer que certos princípios de justiça se justificam porque foram aceitos consensualmente numa situação inicial de igualdade. Tenho enfatizado que essa posição original é puramente hipotética. Se esse consenso jamais acontece de fato, é natural perguntar por que deveríamos nos interessar por esses princípios, morais ou de outra natureza. A resposta é que as premissas incorporadas na descrição da posição original são premissas que de fato aceitamos. Ou, se não as aceitamos, talvez possamos convencer-nos a fazê-lo mediante o raciocínio filosófico.

Continuando o seu raciocínio, o autor entende que os princípios da justiça devem ser escolhidos com base em condições determinadas e, assim, objetiva excluir aqueles princípios cuja aceitação só poderia ser obtida se fossem conhecidos alguns fatos sobre o indivíduo. Ele cita, como exemplo, a questão da instituição de impostos em favor de políticas do bem-estar social. Se o homem soubesse que era rico, provavelmente os consideraria injustos, mas, se soubesse que era pobre, proporia o princípio contrário.

Portanto, para chegar à isenção desejada, exclui-se o conhecimento dessas contingências que permite que os homens se orientem por seus preconceitos, chegando-se, assim, ao véu da ignorância de maneira natural. Deste modo, seria possível chegar à posição original a qualquer momento, por um simples procedimento de argumentar levando em considerações essas restrições.

Assim, uma sociedade que satisfaça os princípios da justiça como equidade torna-se muito próxima à ideia de um sistema voluntário, “porque vai ao encontro dos princípios que pessoas livres e iguais aceitariam em circunstâncias equitativas” (RAWLS, 1997, p. 15). O reconhecimento deste fato forneceria a base para a aceitação dos princípios de justiça.

Ao buscar delimitar quais princípios da justiça seriam escolhidos na posição original, Rawls observa que o princípio da utilidade não se mostraria adequado para pessoas numa posição inicial de igualdade e ignorância, pois este poderia exigir de alguns uma expectativa de vida inferior, apenas para proporcionar uma soma de vantagens para outros.

Isto porque, segundo a teoria utilitária clássica, a sociedade será justa quando suas instituições estejam planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação. Em suma, afirma Rawls (1997, p. 15-16): “ninguém tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de causar um saldo líquido maior de satisfação”.

Rawls sustenta, portanto, que na situação inicial de igualdade os sujeitos escolheriam como princípios a *igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos* e, ainda, a *aceitação de desigualdades econômicas e sociais como justas apenas se resultarem em benefícios compensatórios para cada um, mas principalmente para os menos favorecidos*.

Para a justiça como equidade, “não há injustiça nos benefícios maiores conseguidos por uns poucos desde que a situação dos menos afortunados seja com isso melhorada” (RAWLS, 1997, p. 16).

Tais princípios, portanto, expressariam a consequência de se deixar de lado os aspectos do mundo social que podem parecer arbitrários do ponto de vista moral, isto porque não se pode considerar que um sujeito que seja mais dotado ou mais afortunado por sua posição social seja merecedor dessa circunstância.

Desta feita, tem-se que a teoria da justiça como equidade, assim como outras teorias contratualistas, consiste em duas partes: i) a interpretação da situação inicial de igualdade, e a problemática da escolha colocada; e ii) a definição dos princípios que seriam aceitos pelos seres racionais e iguais.

A escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça regularia, assim, “todas as subsequentes críticas e reformas das instituições” (RAWLS, 1997, p. 14). Deste modo, a escolha da constituição e da legislação estaria em consonância com este ideal de justiça.

1.1 Os princípios da Justiça de Rawls

Rawls apresenta os seguintes princípios como aqueles que acredita que seriam objeto de consenso na posição original:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a “posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 1997, p. 64).

O autor afirma que, em sua teoria da justiça, a estrutura social deve ser considerada como tendo duas partes distintas, em que o primeiro princípio se aplica a uma e o segundo a outra. Distingue, assim, entre “os aspectos do sistema social que definem e asseguram liberdades básicas iguais e os aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades econômicas e sociais” (RAWLS, 1997, p. 64-65).

Acerca das liberdades, Rawls entende que as mais importantes são a liberdade política e a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, as liberdades relacionadas à integridade da pessoa, o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias. Ainda, tais liberdades devem ser iguais, mas não absolutas, podendo sofrer limitações quando se chocam umas com as outras:

O primeiro princípio simplesmente exige que certos tipos de regras, aquelas que definem liberdades básicas, se apliquem igualmente a todos, e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma igual liberdade para todos. O único motivo para circunscrever as liberdades básicas e torná-las menos abrangentes é que, caso contrário, elas interfeririam umas com as outras. (RAWLS, 1997, p. 68).

Ainda, importante ressaltar que, para o autor, os dois princípios da justiça devem obedecer a uma ordenação serial, o primeiro antecedendo o segundo. Em resumo, tem-se que “as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais.” (RAWLS, 1997, p. 69).

Conjugando os dois princípios de sua Teoria da Justiça, tem-se que a ideia central de que *a injustiça se constitui de desigualdades que não beneficiam a todos*.

1.1.1 A Liberdade Igual

Conforme narrado acima, o primeiro princípio da teoria da justiça rawlsiana é o da *liberdade igual*. É importante notar que, para o autor, o princípio da liberdade igual deve anteceder ao seu segundo princípio da justiça, sendo aquele prioritário, apenas podendo ser limitado caso outra liberdade, ou a liberdade de outrem, não esteja sendo observada.

Rawls delimita a forma como o tema da liberdade deve ser abordado em seu trabalho, entendendo-a como uma ausência de restrições. Citando-o:

Na maior parte do tempo, discutirei a liberdade em conexão com limitações legais e constitucionais. Nesses casos, a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. *Colocadas nesse contexto, as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas.* (RAWLS, 1997, p. 219)

O autor faz, ainda, alguns esclarecimentos sobre as liberdades básicas que compõem o que se entende como o princípio da liberdade igual, notadamente que (i) as liberdades básicas devem ser analisadas como um sistema único, que (ii) “em condições razoavelmente favoráveis, há sempre um modo de definir essas liberdades de forma que as aplicações principais de cada uma possa ser simultaneamente assegurada e os interesses mais fundamentais protegidos” e, por fim, (iii) “dadas essa especificação das liberdades básicas, pressupõe-se que, na maioria dos casos, perceba-se claramente se um

instituto legal de uma lei realmente restringe ou simplesmente regula uma determinada liberdade básica” (RAWLS, 1997, p. 220).

Como explanado no tópico acima, para o autor, dentre as chamadas liberdades básicas, está incluída a igual liberdade política, foco principal do presente artigo. Assim, o princípio da liberdade igual, quando aplicada ao procedimento político definido na constituição, consubstancia-se no princípio da participação igual.

1.1.2 A Participação Política Igual

A ideia de participação política igual exige “que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar no processo constituinte, estabelecendo as leis as quais eles devem obedecer, e de determinar o seu resultado final” (RAWLS, 1997, p. 241).

Para o autor “todos os adultos mentalmente sadios, com algumas exceções geralmente reconhecidas, têm o direito de participar dos assuntos políticos, e na medida do possível honra-se o preceito “um-eleitor-um-voto” (RAWLS, 1997, p. 242-243). Ele delimita que três pontos sobre a participação igual merecem discussão: seu significado, sua extensão e as medidas que reforçam o seu valor.

Quanto ao significado, o princípio do “um-eleitor-um-voto” implica que i) cada voto tenha aproximadamente o mesmo peso na determinação do resultado das eleições, e isso exige que ii) *na hipótese que um único membro represente cada região eleitoral, estes membros representem o mesmo número de eleitores*. Para o autor, “essas salvaguardas são necessárias para evitar uma divisão arbitrária uma divisão arbitrária e injusta do território eleitoral, uma vez que o peso do voto pode ser afetado tanto por atos de divisão arbitrária e injusta quanto pela existência de distritos o tamanho desproporcional” (RAWLS, 1997, p. 243). Citando-o:

Os procedimentos e padrões exigidos devem ser adotados a partir do ponto de vista da convenção constituinte, na qual ninguém tem o conhecimento do que provavelmente possa vir a influenciar a demarcação de distritos eleitorais. Os partidos políticos não podem ajustar fronteiras em benefício próprio, à luz de estatísticas eleitorais; os distritos são definidos por meio de critérios já estabelecidos na ausência desse tipo de informação. (RAWLS, 1997, p. 243-244).

Percebe-se que quando o autor se refere às “regiões eleitorais”, ele tem em mente o sistema eleitoral distrital. No Brasil, adota-se o sistema eleitoral proporcional para a escolha dos membros do poder legislativo, adotando-se o sistema eleitoral majoritário

apenas para a composição do Senado Federal, de modo que, na atual conjuntura, não se pode, facilmente, transpor esta ponderação de Rawls.

Ainda sobre o significado da liberdade de participação, o autor sustenta que os cidadãos devem ter igual acesso, pelo menos em sentido formal, aos cargos públicos, isto é, “cada cidadão é apto para participar de partidos políticos, candidatar-se a cargos eletivos e ocupar postos de autoridade” (RAWLS, 1997, p. 244). Desta forma, qualquer restrição deve estar razoavelmente relacionada às tarefas do cargo, de modo a não discriminar de forma injusta pessoas ou grupos, mas afetar a todos igualmente.

Em relação à extensão do princípio da participação, o autor entende que a liberdade política mais abrangente é estabelecida por uma constituição que usa o procedimento da maioria simples para todas as decisões políticas significativas que não são impedidas por alguma restrição constitucional. Assim, quando a constituição limita a abrangência ou autoridade das maiorias, acaba por limitar a abrangência da liberdade política igual, “mas essas ordenações são consistentes com a liberdade política igual, desde que restrições semelhantes se apliquem a todos e que os limites introduzidos tendam com o tempo a atingir igualmente a todos os setores da sociedade” (RAWLS, 1997, p. 245).

Acerca do valor da liberdade política, Rawls entende que a constituição deve tomar medidas para reforçar o valor dos direitos iguais de participação para os membros da sociedade. Em suma, “os que têm qualificações e motivação semelhantes deveriam ter aproximadamente as mesmas oportunidades de conseguir postos de autoridade política, qualquer que fosse sua classe socioeconômica” (RAWLS, 1997, p. 245). O autor entende, assim, que as decisões políticas não devem ser concentradas nas mãos daqueles que possuem maior poder econômico:

As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito do seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação. Com o tempo, eles tendem a conquistar um peso preponderante na decisão de questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais normalmente concordam, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas. (RAWLS, 1997, p. 246).

Sendo assim, o autor defende o uso de medidas compensatórias para que se preserve o valor equitativo de todas as liberdades políticas iguais, como i) a destinação de verbas públicas, regularmente, para encorajar a livre discussão política, e a ii) destinação de recursos provindos da arrecadação aos partidos políticos, podendo a distribuição ser

definida com base em regra que leva em conto o número de votos recebidos em eleições, de modo a torná-los independentes dos interesses econômicos privados.

É bem interessante, portanto, a forma como Rawls pontua que o poder econômico impacta no processo político e pode vir a ser verdadeiro obstáculo à igual liberdade política. Para ele, o sufrágio universal não é suficiente para assegurar igual liberdade política, uma vez que, caso os partidos e as eleições sejam financiados por contribuições privadas, o fórum político ficaria condicionado pelos desejos dos interesses dominantes. Assim, “se a sociedade não arcar com os custos da sua organização e se for necessário levantar fundos para os partidos entre os setores socioeconômicos mais favorecidos, *as reivindicações desses grupos fatalmente receberão atenção excessiva*” (RAWLS, 1997, p. 246-247).

Rawls complementa, e afirma que a probabilidade de os setores socioeconômicos mais favorecidos terem uma atenção excessiva às suas reivindicações é ainda maior “quando os membros menos favorecidos, após serem efetivamente impedidos de exercer seu grau equitativo de influência devido à carência de bens, *se fecham na apatia e no ressentimento*” (RAWLS, 1997, p. 247).

Para ele, o verdadeiro princípio da igual liberdade política (participação) é assim sintetizado:

Para resumir a explicação do princípio da participação, podemos dizer que uma constituição justa estabelece uma forma de *rivalidade equitativa* em relação à autoridade e aos cargos políticos. Mediante a apresentação de concepções do bem público e de políticas concebidas para promover os fins sociais, partidos rivais buscam a aprovação dos cidadãos de acordo com regras de procedimento justas, num contexto de liberdade de pensamento e de reunião no qual o valor equitativo da liberdade política está assegurado. (RAWLS, 1997, p. 248).

2. O MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAL NO BRASIL: A ADI 4650

Como visto no tópico acima, na Teoria da Justiça de Rawls, para haver igual liberdade política, é necessário que todos possam disputar posições de autoridade e cargos públicos, bem como deve haver medidas compensatórias para alijar a influência do poder econômico do pleito eleitoral.

Diante disso, este artigo se prestará a debater a igual liberdade política no caso brasileiro, notadamente naquilo que se refere à influência do poder econômico na disputa eleitoral, analisando o modelo de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

A discussão acerca do financiamento de campanhas eleitorais foi recentemente revisitada, na ocasião do julgamento da ADI 4650, pelo Supremo Tribunal Federal, concluído em 17 de setembro de 2015, em que se discutiu a constitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por meio de doações de empresas a candidatos e partidos políticos, oportunidade na qual o STF entendeu que doações feitas por pessoas jurídicas seriam inconstitucionais.

Inicialmente, deve ser pontuado que o Brasil adota, até os dias atuais, um modelo de financiamento misto de campanhas eleitorais, com o uso de recursos públicos e privados.

O financiamento privado de campanhas eleitorais, à época do julgamento da ADI 4650, era delineado da seguinte maneira: i) as pessoas jurídicas poderiam fazer doações e contribuições até o limite de 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior ao da eleição, ressalvados os casos definidos em lei (art. 81, § 1º, lei 9.504/97); ii) as pessoas jurídicas poderiam fazer doações aos partidos políticos, hipóteses em que as agremiações poderiam aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos a candidatos, observados os limites impostos pela legislação (art. 39, caput e § 5º da lei nº 9.096/95); iii) as pessoas naturais poderiam fazer doações e contribuições em dinheiro para campanhas eleitorais, limitadas a até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito (art. 23, caput, § 1º, I, da lei 9.504/97); v) se o candidato utilizar recursos próprios, o limite de gastos equivalerá ao máximo estabelecido pelo seu partido, na forma da lei (art. 23, caput, § 1º, II, da lei 9.504); vi) as pessoas físicas poderiam fazer doação diretamente aos partidos políticos, hipóteses em que as agremiações poderiam aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos a candidatos, observados os limites impostos pela legislação (art. 39, caput e § 5º da lei nº 9.096/95).

Ainda, a legislação vigente à época do julgamento da ADI 4650 determinava que a lei deveria fixar, até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral, o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa e, caso tal lei não fosse editada até a data estabelecida, caberia ao partido político a fixação do limite de gastos (art. 17-A da lei 9.504/97, com redação dada pela lei 11.300/06, atualmente revogado). Na prática, os partidos políticos que exerciam essa competência, uma vez que a lei limitadora nunca era editada (SARMENTO; OSÓRIO, 2014).

O Conselho Federal da OAB, autor da ADI, defendeu que a possibilidade de doações feitas por empresas para o financiamento de campanhas eleitorais violaria os

princípios constitucionais da isonomia, democrático e republicano, razão pela qual requereu que tais doações fossem declaradas inconstitucionais. Por sua vez, a Advocacia Geral da União, ao defender o ato normativo questionado, aduziu a inexistência de fundamento constitucional que impossibilitasse pessoas jurídicas de atuarem de forma participativa em algum modelo de financiamento de campanhas políticas, através de doações legalmente compatibilizadas.

O relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Ministro Luiz Fux, assentou, em seu voto, que a participação política por pessoas jurídicas não parece ser inerente ao regime democrático e à cidadania. Isto porque pessoas jurídicas não possuem o direito de votar (*ius suffragii*), o direito de ser votado (*ius honorum*) ou o direito de influir na formação da vontade política por meios dos instrumentos da democracia direta, como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular de leis. Desse modo, para o Ministro, "o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas".

Em uma passagem emblemática do acórdão, o relator pontuou:

a participação de pessoas jurídicas tão só encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate. De fato, ao vertiginoso aumento dos custos de campanha não se segue o aprimoramento do processo político, com a pretendida veiculação de ideias e de projetos pelos candidatos. A rigor, essa elevação dos custos possui uma justificativa pragmática, mas dolorosamente verdadeira: os candidatos que despendam maiores recursos em suas campanhas possuem maiores chances de êxito nas eleições.

O Ministro Fux asseverou, ainda, que o maior poderio econômico da empresa doadora faz com que seja maior o seu poder de influência no resultado eleitoral, o que induziria a uma "plutocratização da política brasileira". Em suma:

[...] a doação de pessoas jurídicas consubstancia, sim, fator de desequilíbrio nos certames eleitorais, máxime porque os limites máximos previstos na legislação, em vez de inibir, estimulam que as maiores empresas façam maiores doações. Diante desse quadro, eu indago: é salutar, à luz dos princípios democrático e republicano, a manutenção de um modelo como esse, que permite a captura do político pelos titulares do poder econômico? Aqui também a resposta se afirma negativa.

Nota-se, assim, que esta premissa assentada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4650, para rechaçar a possibilidade de doações eleitorais por empresas assemelha-se, demasiadamente, ao afirmado por John Rawls em sua obra "Uma Teoria da Justiça".

Rawls, como já explanado, entendia que o jogo político deveria ser independente daqueles que tem poder econômico, para que estes não exercessem um controle do debate político e para que os seus pleitos não ganhassem atenção excessiva, vez que, caso isso se efetivasse, não haveria verdadeira igualdade de participação política.

Assim, no caso brasileiro, o fim do financiamento de campanhas eleitorais por empresas ocorreu justamente porque elas controlavam a esfera política – assim como previsto por John Rawls -, muitas vezes fazendo doações a vários candidatos postulantes ao mesmo cargo público e, ainda, sendo responsável pela maior parte dos valores doados a campanhas, o que acabou por transformar o jogo político em um jogo econômico.

Um estudo de Daniel Sarmiento e Aline Osório, da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, aponta que, nas eleições gerais de 2010, um deputado federal precisou, em média, para se eleger, R\$ 1,1 milhão, um senador precisou de R\$ 4,5 milhões e um governador de R\$ 23,1 milhões. Por sua vez, a campanha presidencial de Dilma Rouseff custou mais de R\$ 336 milhões contabilizados. Eles concluem que “nesse modelo, o que garante a vitória de um candidato não é tanto a popularidade ou qualidade de suas propostas, mas a quantidade de recursos que consegue angariar” (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 7).

Somado a esses dados, o estudo ainda aponta que, nas eleições de 2010, as doações de pessoas físicas apenas corresponderam a 8,7 % do valor arrecadados nas eleições e, em 2012, esse número foi de apenas 5% das receitas eleitorais. Ainda, na campanha eleitoral de Dilma Rouseff, “contribuíram apenas cerca de 2.000 pessoas naturais, alcançando menos de 1% do total das doações recebidas” (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 8). Segundo os professores, há, ademais, verdadeira concentração de doadores, que contribuem com quantias elevadas.

Por todo o exposto, tem-se que o modelo de financiamento de campanhas eleitorais até então existente no Brasil, que permitia que as campanhas eleitorais fossem executadas com orçamento fixado pelos próprios interessados – no caso, os partidos políticos -, somado à possibilidade de doações de elevadas quantias por empresas, criou um modelo de participação política cada vez mais cara, o que, inegavelmente, dificultava a acessibilidade aos cargos públicos de todos os cidadãos, não havendo, portanto, igual liberdade política.

Nesse sentido, o que Rawls pareceu demonstrar em sua “Uma Teoria da Justiça”, com uma dominação do fórum político e público pelos interesses econômicos no caso de

inexistir um compromisso com a efetivação da igualdade de participação, foi vivenciado no caso brasileiro. Nas palavras de Aline Osório e Daniel Sarmento (2014, p. 9):

[...] é natural, neste quadro, que os interesses dos doadores influenciem decisivamente a atuação dos políticos eleitos com a sua ajuda. Desejosos de contar com tais fundos para uma futura reeleição, os representantes tendem a se empenhar na defesa dos interesses e projetos nem sempre legítimos dos seus principais doadores, valendo-se dos mais diversos expedientes, como o favorecimento em licitações e contratos públicos, a concessão de incentivos fiscais e a edição de regulação favoráveis.

Há de se ressaltar, ademais, que a preocupação demonstrada por Rawls foi no sentido de que os detentores de maior poderio econômico obtivessem um maior peso na decisão de questões sociais e garantissem uma posição privilegiada na sociedade, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado.

Entretanto, mais além dessas questões, que podem ocorrer pelas vias legais, ou seja, por meio de vultuosas doações lícitas a campanhas eleitorais e leis aprovadas com um devido procedimento, ainda se observou, na realidade brasileira, que a influência do poder econômico resultou em uma atuação ilegal, como, por exemplo, através de favorecimento em licitações e contratos públicos às empresas doadoras. Não seria novidade citar nesse trabalho os desdobramentos de diversas investigações policiais que vinculam empresas que doaram fundos a campanhas eleitorais e contratos ilícitos com o poder público².

Interessante notar que, ao contrário do que se poderia alegar, não é uma eventual “porta de entrada” para a corrupção que deve ser a justificativa para a proibição a doações eleitorais por pessoas jurídicas, até porque isso poderia ser coibido por outros meios, como com uma alteração na lei de licitações e maior fiscalização, mas sim o fato de que a influência indevida do poder econômico, como bem pontuado por Rawls, representa um verdadeiro impedimento à igualdade de participação política, valor intrínseco ao princípio da democracia e da cidadania, consagrados que na nossa Constituição. Portanto, parece verdadeiramente acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4650.

2.2 O Financiamento de Campanhas Eleitorais hoje: inovações das leis 13.487/2017 e 13.488/2017 e a igual liberdade política

² Por todas, cita-se a Operação Lava Jato.

Após o julgamento da ADI 4650, novas leis eleitorais já entraram em vigor e alteraram de maneira substancial o modelo de financiamento de campanhas, sendo as mais recentes as Leis 13.487/2017 e 13.488/2017, ambas de 6 de outubro de 2017, de modo que deve ser indagado se o atual modelo de financiamento de campanhas eleitorais promove uma igual liberdade política, nos termos da Teoria da Justiça de John Rawls.

Como narrado no tópico acima, o modelo então vigente de financiamento eleitoral estabelecia que o teto do orçamento das campanhas eleitorais seria fixado por lei e, na ausência desta, pelos partidos políticos (art. 17-A da lei 9.504/97, com redação dada pela lei 11.300 de 2006, hoje revogada). Na prática, isto fez com que essa limitação ficasse a cargo dos partidos, o que acabava por representar eleições sem qualquer limite real de orçamento.

Já a lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, ao alterar a redação do art. 18 da lei 9.504/97, delimitou que “os limites de gastos de cada eleição são os definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral com base nos parâmetros definidos em lei”. Com isso, retirou-se da discricionariedade dos partidos políticos a limitação orçamentária de suas próprias campanhas, passando-se a adotar um modelo igualitário para todas as candidaturas, o que, inexoravelmente, mostra-se mais favorável à igual liberdade política em relação ao modelo anterior.

Atualmente, a lei 13.488 de 2017 deu nova redação ao art. 18 da lei 9.504/97 e definiu que “os limites de gastos de campanhas serão definidos em lei e divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral”. A própria lei 13.488/17 trouxe, em suas disposições transitórias, quais limites seriam aplicados nesse primeiro momento. Tem-se, por exemplo, o limite máximo de R\$ 70 mi para as campanhas de Presidente da República (art. 5º). Este número é muito inferior aos R\$ 318 mi utilizados por Dilma Rousseff em 2014 ou dos R\$ 201 mi de Aécio Neves³, segundo colocado no pleito eleitoral.

Sem dúvidas, como já dito, a diminuição dos custos das campanhas eleitorais promove a igual participação política.

Outro aspecto que merece destaque no atual modelo de financiamento eleitoral brasileiro diz respeito à criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas (FEFC), que permite o financiamento de campanhas eleitorais com dinheiro público (art. 16-C, lei 9.504/97).

³ Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/11/dilma-arrecadou-r-318-mi-e-aecio-r-201-mi-informam-campanhas.html>. Acesso em 05.04.2018.

De acordo com a redação dada pela lei 13.487/2017, a União deverá destinar ao FEFC i) 30% dos recursos reservados às emendas parlamentares das bancadas estaduais, bem como ii) um valor, a ser definido pelo TSE, “*equivalente à somatória da compensação fiscal que as emissoras comerciais de rádio e televisão receberam pela divulgação da propaganda partidária*” efetuadas em 2017 e 2016, devendo tal valor ser atualizado, a cada eleição, pelo índice INPC (art. 3º). Para isso, foi necessário extinguir a propaganda partidária no rádio e na televisão (art. 5º).

Atualmente, existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.795, de relatoria da ministra Rosa Weber, em trâmite no STF, que questiona a criação do FEFC, com base em alguns aspectos orçamentários envolvidos.

Por um lado, parece que a destinação de dinheiro público às campanhas eleitorais vai ao encontro das medidas compensatórias para a promoção do direito à participação pensada por Rawls. Entretanto, a criação do FEFC ter significado a extinção da propaganda partidária gratuita igualmente afronta o direito à igual liberdade política, uma vez que, como pontuado por Rawls, o princípio da participação também significa que um “*encorajamento da livre discussão política*”, bem como que “*os cidadãos devem ter os meios de informar-se sobre questões políticas*” (RAWLS, 1997, p. 246), o que se obtêm por meio da propaganda.

Como narrado, no anterior modelo da legislação vigente, os candidatos poderiam doar de seus recursos próprios, para a sua própria campanha, até o valor do limite do orçamento fixado, ao passo que as pessoas físicas poderiam fazer doações limitadas a até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito (art. 23, caput, § 1º, I, da lei 9.504/97).

Essa limitação continua a valer para as pessoas físicas, entretanto, com o advento da lei 13.488/2017, os candidatos igualmente estão limitados a doar apenas 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior, inexistindo, portanto, qualquer distinção entre candidatos e os demais doadores (art. 23, § 1º, da lei 9.504/97).

Cita-se, a título de curiosidade, que essa limitação à doação dos candidatos foi vetada pelo Presidente da República (Veto 32/2017) e o veto foi posteriormente rejeitado no Congresso Nacional.

Entretanto, indaga-se: a limitação ao valor doado a apenas 10% dos rendimentos brutos auferidos pela pessoa física no ano anterior é suficiente para garantir uma igual liberdade política?

Segundo os professores Aline Osório e Daniel Sarmiento, esse critério baseado na renda do doador é desarrazoado e ilógico, uma vez que pode fazer com que doadores ricos igualmente desequilibrem a igualdade dos candidatos. É a ponderação:

por imperativo constitucional, o limite para doações de campanha feitas por pessoas naturais deve ser um *valor uniforme* para os doadores, de modo a não gerar discriminações ilegítimas, e *baixo*, de modo a reduzir, na política representativa, o peso da desigualdade econômica entre cidadãos. (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 14).

Uma última inovação que merece destaque na temática no financiamento de campanhas eleitorais diz respeito à possibilidade dos financiamentos coletivos (popularmente conhecidos como “*crowdfunding*” ou “vaquinha”), conforme o art. 23, § 4º, IV, da lei 9.504/97. Nos termos da lei, as doações de recursos podem ser intermediadas por meio de “instituições que promovam técnicas e serviços de financiamento coletivo por meio de sítios da internet, aplicativos eletrônicos e outros serviços similares”.

Chama a atenção o fato de que o financiamento coletivo poderá ter início em 15 de maio do ano eleitoral, ao passo que o registro de candidaturas apenas começa em 05 de agosto. Deste modo, “a liberação de recursos por parte das entidades arrecadoras fica condicionada ao registro de candidatura, e a realização das despesas de campanha deverá observar o calendário eleitoral”. Caso o registro de candidatura não seja efetivado, as entidades arrecadoras deverão devolver os valores arrecadados aos doadores (art. 22-A, §§ 3º e 4º).

É louvável a permissão do financiamento coletivo de campanhas eleitorais no Brasil, tendo em vista que isso fomenta a participação de todos os cidadãos no jogo democrático e aumenta a chance de que todos os postulantes aos cargos públicos tenham condições de captar recursos. De acordo com os Professores Aline Osório e Sarmiento (2014, p. 13): “o financiamento de eleições por meio de pequenas doações de uma multiplicidade de eleitores é sinal de saudável engajamento cívico dos cidadãos e de vitalidade da democracia”.

Diante disso, tem-se que a ideia de financiamento coletivo promove o ideal de Rawls de que todos tenham a possibilidade de participar ativamente da política, de modo que, aqui também, tem-se um mecanismo de promoção da igual liberdade política.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou definir se o atual modelo de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil promove ou não o princípio da participação e uma igual liberdade política, nos termos apresentados por John Rawls, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”.

Como exposto, John Rawls entendia que, numa situação inicial de igualdade, em que homens livres e racionais fossem cobertos por um véu da ignorância e não soubessem o lugar que ocupam na sociedade, eles pactuariam que a Justiça deveria se basear em dois princípios básicos, notadamente o princípio da liberdade igual e o princípio da oportunidade justa cumulado com o princípio da diferença. Para Rawls, o primeiro princípio ocupa uma posição preferencial em relação ao segundo.

O princípio da liberdade igual tem reflexos na esfera política, sendo este o princípio da participação, do qual se extrai, em suma, que todos os cidadãos têm o direito de participar da esfera política, honrando-se o preceito da igualdade do voto, e que todos devam ter igual possibilidade de concorrer aos cargos públicos. Para Rawls, como visto, o Estado deve tomar medidas compensatórias para tornar isso possível, inclusive para evitar que a esfera política seja controlada por grupos econômicos.

Desta feita, foi exposto que, no Brasil, até o julgamento do ADI 4650 pelo Supremo Tribunal Federal, eram permitidas doações por empresas aos candidatos e aos partidos políticos, o que encarecia o custo das campanhas eleitorais e praticamente aniquilava o papel do cidadão eleitor no financiamento. Isto, indubitavelmente, significava uma limitação da igual participação política, uma vez que os candidatos com os maiores financiadores eram os que acabavam sendo eleitos, os pobres eram minoria nos cargos eletivos e ao “eleitor comum” era reservado em papel de desimportância e apatia.

Nos anos subsequentes, o Congresso Nacional passou a promover significativas mudanças no tema do financiamento de campanhas e, como também exposto, estas pareceram fomentar o princípio da igual liberdade política, por meio da fixação de um teto de gastos para as campanhas, por uma limitação ao valor doado pelo próprio candidato em percentual igual aos demais eleitores e pela possibilidade de um financiamento coletivo de campanhas, o que promove o engajamento cívico de todos os cidadãos.

Apesar do feliz cenário que se desenha, ainda há o que avançar, por exemplo, com a implementação de um valor único para todos os doadores, o que parece ser desejável para afastar, definitivamente, a captura do debate político pelo poder econômico. Sem prejuízo, é claro, de uma efetiva fiscalização para que as doações que foram limitadas no âmbito da legislação não passem a se dar de forma ilegal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JOHN, Rawls. **Uma Teoria da Justiça**. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. **Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições, 2014**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

MULHERES AGREDIDAS E O PROJETO VIOLETA EM PETRÓPOLIS EM TEMPOS DE COVID 19

Claudia Aparecida da Silva Pires¹

Lohany Dutra Amorim²

Felipe Dutra Asensi³

RESUMO

A violência doméstica contra a mulher é um fenômeno que ocorre no mundo, não importa a raça, religião, status econômico ou idade. As agressões ocorrem de diversas formas: psicológica, sexual, econômica, física, entre outras, mas na violência doméstica podem ocorrer várias ao mesmo tempo. A Lei Maria da Penha tipificou a violência doméstica, sendo uma violação aos direitos humanos e os crimes dessa natureza são julgados em Varas Criminais. O Projeto Violeta em Petrópolis foi criado com o objetivo de garantir a segurança e a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar para que elas pudessem recorrer a um lugar seguro em que a sua demanda fosse atendida. Em tempos da Covid-19 esse Projeto Violeta torna-se de suma importância para que essas mulheres sejam amparadas pela justiça. Portanto, o objetivo desse artigo é descrever a história da violência doméstica no mundo, como se transformou em Lei esses direitos, sendo no Brasil decretada a Lei Maria da Penha e o desenvolvimento do Projeto Violeta, como está seu funcionando no Fórum de Itaipava em tempo de Covid 19.

Palavras chave: Covid 19; Projeto Violeta; Acessibilidade.

ASSAULTED WOMEN AND *PROJETO VIOLETA* IN PETROPOLIS IN THE ERA OF COVID 19

ABSTRACT

Domestic violence against women is a worldwide phenomenon, regardless of race, religion, economic status or age. Assaults occur in different ways: psychological, sexual, economic, physical, among others, but in domestic violence, several can occur at the same time. The Maria da Penha Law typified domestic violence, being a violation of human rights and crimes of this nature are tried in Criminal Courts. The Violeta Project in Petrópolis was created with the objective of guaranteeing the safety and protection of women victims of domestic and family violence so that they could resort to a safe place where their demand was met. In terms of Covid-19, this Violet Project becomes extremely important for these women to be supported by justice. Therefore, the objective of this article is to describe the history of domestic violence in the world, how these rights became a law, in Brazil the

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Pós graduada em Mediação de conflitos pela Universidade Católica de Petrópolis.

² Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Pós-graduanda em Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas.

³ Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ).

Maria da Penha Law and the development of the Violeta Project were decreed, as it is working at the Itaipava Forum in due time. from Covid 19.

KEYWORDS: Covid 19; Violet Project; Accessibility.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica atinge várias mulheres e crianças, adolescentes e idosos em todo o mundo. Somente no século XIX, com a constitucionalização dos direitos humanos, a violência ganhou um crescimento dos estudos por diversos setores da sociedade.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, Convenção de Belém do Pará, de 1º de setembro de 1995, declara que se deve entender como violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, danos ou sofrimentos físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto privado.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, ocorreu uma mudança e uma nova forma de se olhar esse tipo de violência. Essa lei é uma homenagem a mulher que se tornou símbolo de resistência as agressões sofridas, pelo violento esposo.

A Lei Maria da Penha, cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, almejando a mudança de uma realidade dura para quem sofre. A violência pode ser baseada no gênero, que decorre das relações entre mulheres e homens, na maioria das vezes é praticada pelo homem contra a mulher, mas pode ser também da mulher contra mulher ou do homem contra homem.

Sendo diversos os tipos de conduta que são entendidos como violência. A Lei Maria da Penha (11.340/2006), criada para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra as mulheres, define: violência física: agressão ao corpo por meio de socos, empurrões, chutes, mordidas ou pelo uso de armas; Violência Sexual: aquela em que a mulher é obrigada a presenciar ou praticar relações sexuais não desejadas; Violência Psicológica: constrangimentos, humilhações feitas em público ou em casa - condutas estas que abalam o emocional e a autoestima; Violência Moral: ações que afetam a imagem da mulher diante da sociedade ou diminuem o conceito que ela tem de si mesma, com palavras ofensivas, xingamentos, etc e Violência Patrimonial: o quebra-quebra de móveis, eletrodomésticos ou objetos de casa, bem como o ato de reter ou destruir documentos pessoais.

Esse artigo tem como objetivo descrever a história da violência doméstica no mundo, como se transformou em Lei esses direitos, sendo no Brasil decretada a Lei Maria da Penha e o desenvolvimento do Projeto Violeta, como está seu funcionamento no Fórum de Itaipava em tempo de Covid 19, e seu acompanhamento e efetividade, se realmente tem ocorrido denúncias e como está sendo feito os acompanhamentos.

Pesquisa descritiva, com estudo empírico e bibliográfico, na cidade de Petrópolis, estudo realizado de março de 2020 a maio de 2020, estarão sendo analisados os dados coletados no Tribunal de Justiça do Fórum de Itaipava e do Observatório Judicial de Violência Doméstica.

No segundo tópico, será demonstrado a história da violência no Brasil e em outros países, o que ocorreu durante os séculos contra as mulheres e a Violência doméstica.

No terceiro tópico, será explicado a Lei Maria da Penha e o Projeto Violeta quando surgiu no Brasil, como foi implantado em Petrópolis e como está seu funcionamento.

1. A VIOLÊNCIA NO BRASIL

Violência vem do latim *violentia*, que significa caráter violento ou bravo. O verbo *violare*, significa tratar com violência, profanar, transgredir. Para a OMS (Organização Mundial de Saúde), a violência pode ser classificada em algumas modalidades: Violência inter-pessoal, podendo ser física ou psicológica; Violência contra si mesmo, é aquela em que a própria pessoa se violenta, causando a si mesmo lesões; Violência coletiva, conflitos violentos entre nações e grupos e Violência urbana é aquela cometida nas cidades.

Violência se caracteriza pelo uso da força, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, e tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo a sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano (TELES; MELO, 2003, p.15).

Na nossa cultura, a violência se tornou parte na sua construção. Começando com os indígenas, que foram escravizados ou mortos nos conflitos com os portugueses.

Logo após surge a violência colonizadora da população negra, entre os séculos XV e meados do século XIX, quase 30 milhões de negros foram tirados de seu país de origem. Já no século XX, ocorreram duas grandes guerras matando milhões de pessoas.

A violência doméstica é uma das formas mais frequentes de violência, porém a que menos é observada, pois ocorre dentro das residências. O preconceito de gênero e

cor, fazem com que as mulheres e os negros sejam consideradas inferiores, causando reflexo na deficiência de educação, nos empregos e salários.

No Brasil ocorrem diversas formas de violência, como: a violência urbana, praticada contra as minorias; violência social, em decorrência das desigualdades sociais e pobreza e a violência doméstica.

Quando falamos da violência contra a mulher e a violência doméstica, não existem dados que expliquem a ocorrência no Brasil. As igrejas antigamente colaboraram para a influência na ideia de submissão da mulher ao homem, sendo tratadas como propriedade dos homens. Ocorreram até vendas e trocas de mulheres na história, consideradas como mercadorias.

No século XX são reconhecidos diversos direitos humanos, ocasionando profundas modificações na conduta dos segmentos sociais em diferentes regiões do mundo.

A elaboração da Declaração Universal de 1948, começou a desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a adoção de diversos tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Após a Declaração Universal de 1948, os sistemas ocidentais passam a reconhecer a diversidade biológica, social e cultural dos seres humanos, com a criação de declarações e pactos para as mulheres.

Em 1975, ocorreu a I Conferência Mundial sobre a mulher, no México, sendo elaborado a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as mulheres.

Em 1983, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, proclamou que os direitos da mulher e da menina são parte inalienável, integrante e indivisível dos direitos humanos universais.

A Carta Magna de 1988, marco fundamental, em seu artigo primeiro, estabeleceu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental, artigo 1º, inciso III, construindo um novo valor que confere suporte axiológico a todo o sistema jurídico. As declarações, os pactos e as convenções, construíram um conjunto de recursos para a proteção dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, declarou a dignidade humana como valor supremo da ordem jurídica, se tornando um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A OEA, Organização dos Estados Americanos, em 1994, ampliou a proteção aos direitos humanos das mulheres com a edição da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, na Convenção de Belém do Pará.

No decorrer do século XXI, assistimos uma enorme quantidade de atos de violência que afetando a vida das mulheres. Em 07 de agosto de 2006, a Lei 11.340 de 07/08/2006, expressa as formas de manifestação da violência contra a mulher, ratificadas pelo Brasil da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a Violência contra a mulher, ampliando as formas de violência.

A Lei Maria da Penha define alguns tipos de violência: violência física; violência Psicológica; violência moral e violência patrimonial e violência sexual.

Ações Penais Classificadas quanto à Forma de Violência

Formas de Violência	Crimes	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Violência Física	Lesão Corporal	8.203	5.349	10.260	8.534	9.572	12.665	11.801	1.871
	Homicídio	7	6	7	11	7	12	0	0
	Feminicídio**		-	61	76	118	152	238	19
Violência Psicológica	Ameaça	4.022	2.701	4.459	4.197	3.195	4.524	5.044	855
	Constrangimento Ilegal	21	21	30	25	19	23	37	5
Violência Moral	Injúria	548	291	499	398	508	707	1.019	154
	Difamação	42	16	26	24	39	51	63	3
	Calúnia	16	4	5	8	14	12	16	2
Violência Patrimonial	Violação de Domicílio	128	91	140	137	125	165	189	44
	Dano	71	37	67	60	82	90	81	13
	Supressão de Documento	7	8	9	9	23	30	15	1
Violência Sexual	Estupro de Vulnerável	79	43	73	88	85	91	122	19
	Estupro	67	52	63	43	63	99	84	14

Fonte: DGTEC. Dados organizados pela DGJUR/ *Dados referentes aos meses de Janeiro a Março
 **Entrou em vigor a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015

Ações Penais Mais Distribuídas - Janeiro 2013 a Março 2020

	Total
1º Lesão Corporal	68.255
2º Ameaça	28.997
3º Vias de Fato	6.734
4º Injúria	4.124
5º Violação de domicílio	1.019

Fonte: DEIGE. Dados organizados pela DGJUR

A Convenção Interamericana, Convenção de Belém do Pará, declara que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica, podendo ocorrer tanto no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal.

Já a Conferência de Beijing declara como tipo de violência contra a mulher à violência física, sexual e psicológica na família; a violência física, sexual e psicológica praticada pela comunidade em geral; a prostituição forçada; a violência física, sexual ou psicológica perpetrada pelo Estado; as violações em conflitos armados; a esterilização forçada; o aborto forçado e o infanticídio.

A Recomendação Rec (2002) nº 5 do Conselho da Europa declara que a violência contra a mulher é perpetrada na família e no lar, podendo conter agressões de natureza física ou psíquica, os abusos de natureza emocional e psicológica e o abuso sexual.

Existem dois sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o sistema universal, de que fazem parte os Estados integrantes das Nações Unidas (ONU) e o sistema regional em que são associados vários países. Com a comprovação da hipossuficiência e discriminação que as mulheres sofriam em vários países do mundo, foi elaborado um sistema especial de proteção dos seus direitos humanos, através de convenções e pactos internacionais.

É inegável, historicamente, que a construção legal e conceitual dos direitos humanos se deu, inicialmente, com a exclusão da mulher. Embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era moderna proclamem a igualdade de todos, essa igualdade, infelizmente, continua sendo compreendida em seu aspecto formal e estamos ainda longe de alcançar a igualdade real, substancial entre mulheres e homens. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher foi, dentre as Convenções da ONU, a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram. E em virtude da grande pressão das entidades não-governamentais é que houve o reconhecimento de que os direitos da mulher também são direitos humanos, ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena que: os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais (CUNHA, 2008, p. 102).

Os instrumentos Internacionais de direitos humanos, as declarações, os pactos e as convenções, são um conjunto de recursos para a proteção dos direitos humanos. Estabelecem um marco referencial normativo e os acordos construídos em cada momento histórico pela comunidade nas nações, sob a coordenação das Nações Unidas (ONU), em nível global, e da Organização dos Estados Interamericanos (OEA), em nível regional.

A violência doméstica pode ser cometida dentro e fora do lar por qualquer um que esteja em relação de poder com a pessoa agredida, incluindo aqueles que exercem a função de pai ou mãe, mesmo sem laços de sangue. A maior parte dos casos de violência acontece em casa, afetando sobretudo mulheres, crianças e idosos. Entretanto, a violência doméstica pode ocasionar danos diretos ou indiretos a todas as pessoas da família, nas várias fases de suas vidas (SALIBA, 2007, p. 473).

A violência doméstica diz respeito a toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o pleno desenvolvimento de um membro da família. É uma questão sociocultural presente nas mais diversas comunidades. Segundo a Secretaria da Mulher de Pernambuco (2011), na cultura patriarcal, a violência sexista é aquela praticada por homens e por mulheres contra as mulheres pelo simples fato de elas serem mulheres.

Ela é resultante de um longo processo histórico, baseado na ideia equivocada de que a humanidade está dividida em seres superiores e inferiores e, por essa razão, as mulheres deveriam obediência aos homens. Ela é um pilar da infeliz sociedade patriarcal. Pesquisas indicam que a violência sexista atinge uma em cada quatro mulheres no mundo, independentemente de classe, religião, cor ou região.” (SECRETARIA DA MULHER DE PERNAMBUCO, 2011, p. 19).

O ambiente familiar deveria proteger seus membros mais vulneráveis, mas infelizmente tem se mostrado bastante falho.

Existem quatro tipos mais comuns de violência intrafamiliar: física, psicológica, negligência e sexual. Day (2003) argumenta que a violência física ocorre quando alguém causa ou tenta causar dano por meio de física à outra pessoa. A violência psicológica inclui toda ação ou omissão que causa ou busca causar dano à autoestima ou ao desenvolvimento da pessoa. A negligência ocorre quando há a omissão de responsabilidade de um ou mais membros da família em relação a outro, sobretudo àqueles que precisam de ajuda por questões de idade ou alguma outra condição. Por fim, a violência sexual configura-se como toda ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma outra à realização de práticas sexuais.

2. A LEI MARIA DA PENHA – Nº 11.340/06 E O PROJETO VIOLETA EM PETRÓPOLIS

Tem sua origem na vida de uma mulher biofarmacêutica, cearense Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica, sofrendo agressões de seu marido (IMP, 2018).

Em maio de 1993, tentou matá-la, usando uma arma de fogo enquanto dormia, ficando no hospital por algumas semanas e retornando para seu lar com paraplegia nos seus membros inferiores. Depois de um tempo, enquanto tomava banho tentou eletrocutá-la, mas Maria da Penha não morreu. Seu marido ficou sem julgamento por 19 anos, quando foi preso e condenado, ficando preso somente 03 anos (IMP, 2018).

Conseguiu levar seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (caso n.º12.051/OEA) e a República Federativa do Brasil foi condenada por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Foi recomendado reformas legislativas para combater a violência doméstica praticada contra a mulher.

As políticas de proteção e segurança são essenciais para o enfrentamento a violência, mas é preciso avançar tanto em políticas de prevenção como na ampliação de políticas que articuladamente trabalhem para uma reversão da dependência financeira, elevação da auto-estima das mulheres, fortalecimento da capacidade de representação e participação na sociedade, enfim, criem condições favoráveis a autonomia pessoal e coletiva. Também as repercussões a saúde que são causadas pela violência doméstica têm que ser assumidas e acolhidas em programas de assistência a vítimas e agressores (Camargo; Aquino, 2003, p. 57).

O País levou em conta as orientações e começou o processo legislativo, implementando medidas para contribuir na prevenção e combate à violência doméstica.

A Lei Maria da Penha atribuiu a mulher um tratamento diferente, promovendo sua proteção de forma especial em cumprimento às diretrizes constitucionais e aos tratados ratificados pelo Brasil. É uma lei que tem um cunho educacional e de promoção de políticas públicas de assistência às vítimas.

O artigo 15 da Lei 11.340/2006, o legislador garantiu a vítima uma competência. Em regra, os crimes cometidos com violência doméstica e familiar são de competência da Justiça Estadual, que serão julgados pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou pelas Varas Criminais.

As medidas cautelares de natureza penais, previstas no artigo 22, I, II e III da Lei Maria da Penha, buscam prevenir e garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da vítima e de seus familiares. A medida cautelar de afastamento do agressor do lar, tem o objetivo de impedir ou dificultar que as agressões sejam perpetradas ou reiteradas no lar conjugal, possibilitando a vítima e os demais familiares um sentimento de segurança. No Lei, essa medida está no artigo 69, da Lei 9.099/1995, se assemelhando à medida prevista no artigo 888, VI do Código de Processo Civil.

A Lei 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê como medida cautelar a ser aplicada pelo juiz, o afastamento do agressor da moradia comum, na hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsáveis.

A Lei 11.340/2006, no artigo 22, III, traz as condutas que podem ser proibidas para o suposto agressor. O juiz deverá agir com prudência e observar de forma proporcional e razoável a aplicação de medidas, porque causará proibição à liberdade de locomoção do suposto agressor. Essas medidas cautelares penais, aplicadas pelo juiz, precisam ser requeridas pelo Ministério Público. O artigo 10 da Lei 11.340/2006 autoriza a autoridade policial a representar pela adoção de determinada medida cautelar.

De acordo com as mudanças na Lei, surgem outras necessidades, como a celeridade dos processos de violência doméstica. Surgindo assim o Projeto Violeta, que tem como objetivo garantir a segurança e a proteção máxima das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, buscando acelerar o acesso à Justiça daquelas que estão com sua integridade física e até mesmo com a vida em risco. Todo o processo precisa ser concluído em cerca de quatro horas: ocorrendo o registro do caso na delegacia, que o encaminha imediatamente para a apreciação do juiz. Após ser ouvida e orientada por uma equipe multidisciplinar do Juizado, ela sai com uma decisão judicial em mãos.

O Projeto Violeta foi arquitetado pela juíza Adriana Mello, em conjunto com outras autoridades envolvidas na defesa da mulher em situação de violência, Polícia Civil, Defensoria Pública e Ministério Público, e implementado no I Juizado de Violência Doméstica, localizado no AV. ERASMO BRAGA 115 12 ANDAR - SALA 1204 - Palácio da Justiça, sendo o grande vitorioso da 11ª edição do Prêmio Innovare (PJERJ).

O Projeto Violeta no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Especial Adjunto Criminal da Comarca de Petrópolis, foi inaugurada em 26 de março de 2019, no Fórum Regional de Itaipava (Estrada União Indústria 9900, 3º andar), no estado do Rio de Janeiro. Tendo uma equipe composta de uma Psicóloga, uma Assistente Social e uma Administrativa, que é responsável pela recepção dessas mulheres.

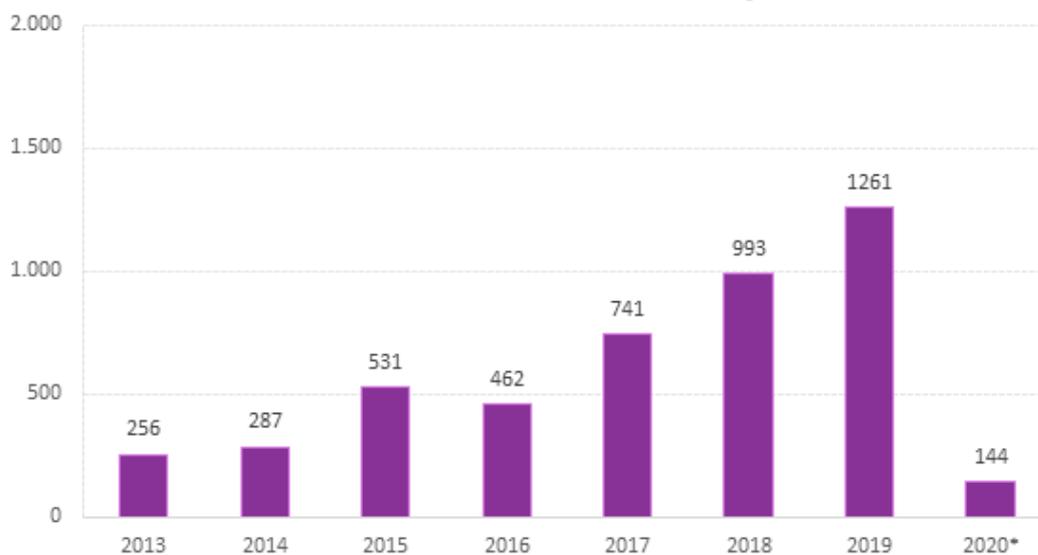
O Projeto tem em torno de 250 mulheres registradas no atendimento, realizando mensalmente reuniões com as mulheres, tendo como pautas, a valorização e esclarecimentos. As mulheres atendidas, são acompanhadas pela Psicóloga e Assistente Social, em atendimentos individuais, de acordo com a necessidades de cada uma.

Série histórica de Atendimento do Projeto Violeta

Juizados	1º Atendimento	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020*
I JVDFM - Capital	01/06/2013	256	197	306	230	126	91	228	40
II JVDFM - Campo Grande	16/11/2016	-	-	-	12	153	327	354	47
III JVDFM - Jacarepaguá	01/12/2015	-	-	3	33	56	32	42	3
IV JVDFM - Bangu	16/11/2016	-	-	-	0	251	353	363	12
V JVDFM - Capital	17/03/2014	-	90	216	120	133	79	42	7
JVDFM - Nova Iguaçu	30/11/2015	-	-	6	67	21	35	39	4
JVDFM - São João de Meriti	06/11/2017	-	-	-	-	1	6	18	1
JVDFM - Saquarema	10/01/2018	-	-	-	-	-	70	29	3
JVDFM - Belford Roxo	08/01/2019	-	-	-	-	-	-	50	9
JVDFM - Petrópolis	-	-	-	-	-	-	-	96	18

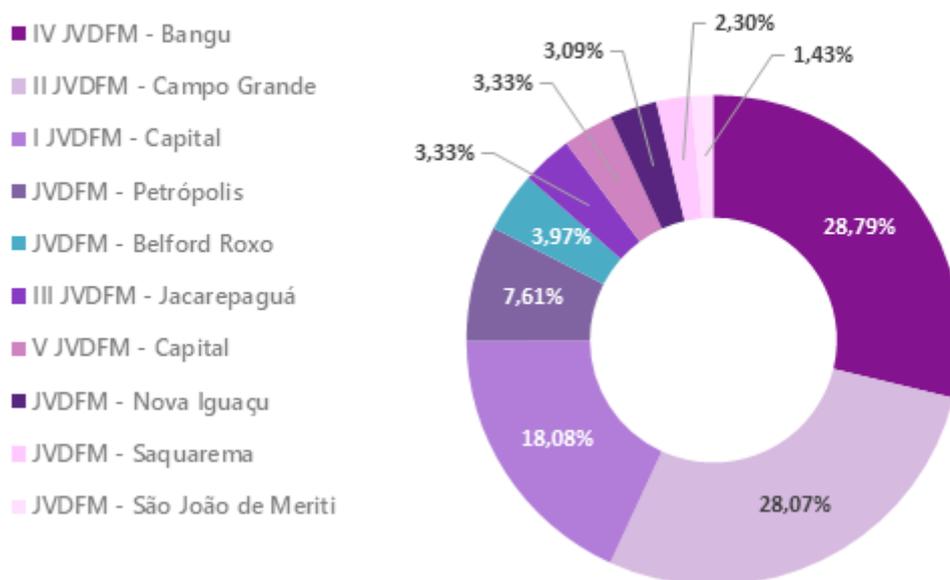
Fonte: DGTEC. Dados organizados pela DGJUR/ *Dados referentes aos meses de Janeiro e Fevereiro

Série histórica de Atendimento do Projeto Violeta



Fonte: DGTEC. Dados organizados pela DGJUR
*Dados referentes aos meses de Janeiro e Fevereiro

Atendimentos do Projeto Violeta - Fevereiro 2020



Pelos gráficos acima podemos observar que em 03 meses em Petrópolis ocorreram 18 atendimentos de mulheres por violência doméstica e de acordo com os funcionários do Tribunal, teve um aumento de processos de 15 % a 20 %.

Segundo dados do Observatório Judicial de Violência Doméstica contra a mulher e o Instituto Patrícia Galvão, o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos anunciou que ocorreu um aumento de 9% no número de ligações no Disque 180 na primeira quinzena de março.

O governo brasileiro tem se preparado para o enfrentamento do crescimento da violência doméstica. A Ministra Damares declarou em 02 de abril de 2020 a criação de novos canais de atendimento onde as denúncias de violência doméstica, e também de outras violações de direitos humanos podem ser realizadas, o novo aplicativo foi intitulado Direitos Humanos BR e já está disponível segundo o site do Ministério, para os sistemas Android e IOS.

O Ministério pediu que os Organismos de Políticas para as Mulheres continuem com seus atendimentos. E recomendou, através do OFÍCIO-CIRCULAR N° 1/2020/DEV/SNPM/MMFDH, que foi enviado a todos os Organismos Governamentais de Políticas para Mulheres no dia 26 de março de 2020, dentre várias medidas, a implementação de comitês de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no contexto

da COVID-19 e a realização de campanhas sobre a importância da denúncia nos casos de violência doméstica. Está sendo realizado investimento público para reforço de pessoal e ampliação do horário de atendimento dos telefones emergenciais. Foram lançadas linhas de atendimento por Whatsapp para assessoria e proteção da mulher 24 horas por dia e sete dias por semana.

Segundo a ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher dos do Tribunal de Justiça, no Brasil, o aumento de registro da violência doméstica, está em torno de 18%, tendo o canal 180, recebido denúncias dessa ordem, recebido um aumento de 8,5%.

Observa-se que provavelmente esses números ainda não refletem a realidade, na medida, devido algumas vítimas, em estão confinadas com seus companheiros se sentirem acuadas.

Nesse cenário, é impreterível que o Estado crie mecanismos práticos e eficazes para que se possa não só essas mulheres, como também qualquer outra pessoa que venha sofrendo algum tipo de violência no âmbito familiar, denunciar, mesmo durante o confinamento, lado a lado com seu agressor.

O Poder Judiciário, continua funcionando normalmente, mesmo com as suas portas fisicamente fechadas, de maneira que podem ser requisitadas as medidas protetivas de afastamento do autor, havendo necessidade.

De acordo com as declarações da equipe do Tribunal de Justiça do Fórum de Itaipava, as medidas cautelares estão sendo processadas, mas as audiências presenciais, das medidas protetivas, não estão sendo realizadas, devido à dificuldade de conexão das partes. A recomendação do Juiz Titular, é que a equipe do cartório se comunique semanalmente com as mulheres agredidas para verificação se as medidas de distanciamento, estão sendo cumpridas pelo agressor.

A partir do mês de abril de 2020, a Polícia Civil passou a adaptar o sistema de Delegacia Eletrônica para que tais registros possam ocorrer via internet, podendo a autoridade policial, inclusive, entrar em contato com a vítima para averiguar a gravidade da situação, bem como se tem a vítima possibilidade de sair de casa para fazer o exame de corpo de delito no IML, entre outras medidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Violeta foi observado se tem tido eficácia no seu objetivo, que é de garantir a segurança e a proteção máxima das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, tendo a responsabilidade de acelerar o acesso à Justiça, quando chega as medidas protetivas no Fórum, devido a algumas mulheres serem agredidas fisicamente pelo marido ou companheiro dentro da residência. Todo o processo deve levar cerca de quatro horas para ser concluído. Foi observado que esse processo tem durado em torno de 01(um) dia para que todos os tramites ocorram. O que pode ocasionar um prejuízo para a mulher e seus filhos, já que alguns permanecem com o homem dentro da residência. E a maioria dos municípios não possuem a Casa de Acolhida para a mulher e seus filhos.

Atualmente se faz necessário, o Fórum ter um grupo maior de pessoas trabalhando nos casos de Maria da Penha ou ter um grupo específico somente para esse atendimento, já que no mesmo Juizado, recebe todos os processos do JECRIM, de Petrópolis que acumulam em torno de quase 12.000 (doze mil) processos por ano.

O juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem instrumentos processuais para proporcionar integral proteção às vítimas dessa violência de gênero, essas medidas podem resgatar, a cidadania e a dignidade da mulher; marginalizada pela sociedade machista e patriarcal. É importância a implantação de políticas públicas de proteção e segurança no que se refere à erradicação da violência contra a mulher. Se faz necessário uma construção de redes de apoio que atenda às vítimas de violência doméstica.

Atualmente, o Projeto Violeta, atende em torno de 250 mulheres, que foram agredidas, com acompanhamento de uma Psicóloga, uma Assistente Social e uma Administrativa para atendimento no primeiro contato. O atendimento ocorre individualmente e mensal, de acordo com a necessidade de cada mulher. Os encontros mensais tem o objetivo de valorização da mulher e esclarecimentos.

Segundo dados analisados, o crescimento da violência doméstica no Brasil, está em torno de 18%, tendo o canal 180, recebido denúncias com um aumento de 8,5%. O Judiciário, continua funcionando normalmente, mesmo com as suas portas fisicamente fechadas, requisitadas as medidas protetivas de afastamento do autor, sempre que necessário. Mas devido a Pandemia, os atendimentos presenciais no Fórum foram suspensos, devido à falta de conexão das partes. Os processos tem sido acompanhado pela equipe do Projeto Violeta, que tem ligado semanalmente para as mulheres agredidas para saber sobre o cumprimento das medidas cautelares.

Desde abril de 2020, a Polícia Civil está autorizada a entrar em contato com a vítima de violência doméstica, para averiguação da gravidade da situação e verificar as possibilidades da vítima fazer os exames necessários (PJERJ).

O grande desafio que o Poder Judiciário enfrentará nos próximos meses será o de como afastar o agressor do lar comum, devido a Covid 19, o tempo de permanência das partes e a residência aumentou. Fora o problema, de assegurar o pagamento de alimentos a essas mulheres, se, na grande maioria dos casos, os agressores também vêm sofrendo cortes expressivos em suas economias. Alguns países já estão oferecendo alternativas, inclusive de pagamento de hotel para que as mulheres agredidas. Evoluções do sistema terão que ser tomadas, garantindo às pessoas vulneráveis o acesso irrestrito a todo o sistema.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Sobre a violência contra as mulheres**. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/>>. Acesso em 08 de maio de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 01 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: . Acessado em 01 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: . Acessado em 01 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: . Acessado em 02 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: . Acessado em 02 de maio de 2020.

CAMARGO, Márcia e AQUINO, Silvia. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. **Programa de Prevenção, Assistência e Combate a Violência Contra a**

Mulher — Plano Nacional: Diálogos sobre violência doméstica e de Gênero: Construindo políticas públicas. Brasília: A Secretaria, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha.** São Paulo: RT, 2008.

DAY, V. P. **Violência doméstica e suas diferentes manifestações.** R. Psiquiatr. RS 25 (suplemento 1): 9-21, abril 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1>>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

IMP. **Instituto Maria da Penha.** Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em 08 de maio de 2020.

PERNAMBUCO, Secretaria da Mulher. **Das lutas à lei: uma contribuição das mulheres à erradicação da violência.** 2011. 192 pg.

PJERJ. **O observatório judicial.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/o-observatorio>>. Acesso em 08 de maio de 2020.

PJERJ. **Projeto Violeta.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/projeto-violeta/historico>> Acesso em 08 de maio de 2020

SALIBA, O; GARBIN, C. A. S; GARBIN, A. J. I DOSSI, A. P. **Responsabilidade do profissional de saúde sobre a notificação de casos de violência doméstica.** *Revista de Saúde Pública* volume, 41 nº 3, São Paulo. Junho de 2007.

TELES, Maria Amélia e MELO, Mônica de. **O que é Violência contra a Mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2003.

ANÁLISE BIOPSISSOCIAL NA ÁREA PREVIDENCIÁRIA

Emanuelle Pereira da Silva¹

RESUMO

O presente estudo está relacionado a análise médica realizada em perícias administrativas e judiciais por especialistas, a chamada análise biopsicossocial, onde muitas vezes a incapacidade não está diretamente relacionada a um membro ou órgão do ser humano, mas sim uma análise ambiental e social, entendendo a doutrina que a perícia se torna eficiente quando analisada em todos os aspectos de modo a não prejudicar o incapacitado. Será apresentado neste artigo princípios fundamentais que regem a seguridade social estabelecidos no artigo 194 da Constituição Federal, os quais devem ser observados pela Autarquia Federal bem como pelo Poder Judiciário, priorizando a dignidade da pessoa humana, fundamento da República. E ainda, será demonstrado aos leitores o posicionamento doutrinário dessa análise biopsicossocial de grande importância dentro do Direito Previdenciário, apresentando relevantes posicionamentos acerca da eficiência da perícia médica atual.

Palavra-Chave: Perícia médica. Análise biopsicossocial. Princípios da seguridade social.

BIOPSYCHOSOCIAL ANALYSIS IN THE SOCIAL SECURITY AREA

ABSTRACT

The present study is related to medical analysis performed in administrative and judicial investigations by specialists, the so-called biopsychosocial analysis, where the disability is often not directly related to a human member or organ, but rather an environmental and social analysis, understanding the doctrine that expertise becomes efficient when analyzed in all aspects so as not to harm the disabled. This article will present fundamental principles that govern social security established in article 194 of the Federal Constitution, which must be observed by the Federal Autarchy as well as by the Judiciary, prioritizing the dignity of the human person, the foundation of the Republic. And yet, readers will be shown the doctrinal positioning of this biopsychosocial analysis of great importance within Social Security Law, presenting relevant positions about the efficiency of current medical expertise.

Keyword: Medical expertise. Biopsychosocial analysis. Principles of social security.

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu (UNIG). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Endereço eletrônico: emanuelle.ps@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A perícia biopsicossocial vem sendo bastante discutida nos últimos anos pelos especialistas no ramo do Direito Previdenciário em processos administrativos junto ao INSS e judiciais, quando há a realização de perícias realizadas por médicos da Autarquia Federal. O grande questionamento está relacionado quanto a análise biopsicossocial da perícia médica e não somente uma análise diretamente relacionada a aspectos de incapacidade e limitações físicas, ou mentais. Portanto, uma análise desse modelo pericial nas três áreas que compõe a Seguridade Social, a saber, saúde, previdência e assistência.

Há que se considerar por meio de inúmeras novas doenças, inclusive psíquicas, se os médicos profissionais estão aptos a realizar uma perícia que analise de forma eficiente as limitações e incapacidades dos segurados que necessitam manter sua subsistência e de sua família, e muitas vezes não estão capazes de continuar a realizar suas atividades laborativas, devendo ser observados além de limitações do corpo, também questões sociais e ambientais.

Com isso, entende-se cada vez mais pela doutrina previdenciária que a perícia médica deve levar em conta aspectos biopsicossociais conjuntamente considerando o mandamento constitucional previsto no artigo 194 da Constituição Federal que será destacado mais à frente.

De acordo com a previsão do artigo 194 da Constituição Federal devem ser assegurados alguns objetivos, vejamos:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados².

² BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_194_.asp. Acesso em 26 mar. 2020.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL

Primeiramente é necessário apresentar uma definição do que são princípios. Conforme explicitado acima na introdução do trabalho, todo o ordenamento jurídico é regido e fundamentado por princípios, que conformam um conjunto de diretrizes e critérios a fim de nortear as relações jurídicas. Neste tópico será apresentado breves conceitos dos princípios explícitos na Constituição Federal para melhor compreensão dos leitores, sem a intenção de esgotar o tema.

De acordo com Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60)

1.1 Universalidade da cobertura e do atendimento

O artigo 194 da CF/88 estabelece os princípios constitucionais que regem a seguridade social, sendo o primeiro deles o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, previsto no inciso I, do artigo 194. De acordo com o autor Pedro Lenza e Maria Ferreira dos Santos, a palavra cobertura se liga ao objeto da relação jurídica “diretamente relacionados às situações de necessidade, fazendo com que a proteção social se aperfeiçoe em todas as suas etapas: de prevenção, de proteção propriamente dita e de recuperação”(SANTOS, 2013, p. 45), e ainda:

A universalidade do atendimento refere-se aos sujeitos de direito à proteção social: todos os que vivem no território nacional têm direito subjetivo a alguma das formas de proteção do tripé da seguridade social. A seguridade social, diferentemente do seguro social, deixa de fornecer proteção apenas para algumas categorias de pessoas para amparar toda a comunidade. (SANTOS, 2013, p. 45)

Dessa forma, entende-se que o princípio da universalidade compreende proteção ampla a todos os indivíduos de todo território nacional, garantia imposta pela Constituição Federal Brasileira.

1.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O referido princípio com previsão no inciso II do artigo 194 tem a finalidade de maior proteção a trabalhadores rurais que, por tal característica sofrem discriminações no país se comparados aos trabalhadores urbanos. Contudo, essa discriminação não deve prevalecer no sistema brasileiro por força do princípio da isonomia também consagrado pela Constituição Federal de 1988 garantindo uniformidade e equivalência de tratamento para trabalhadores urbanos e rurais. De acordo com os ensinamentos dos autores já mencionados:

A uniformidade significa que o plano de proteção social será o mesmo para trabalhadores urbanos e rurais. Pela equivalência, o valor das prestações pagas a urbanos e rurais deve ser proporcionalmente igual. Os benefícios devem ser os mesmos (uniformidade), mas o valor da renda mensal é equivalente, não igual. É que o cálculo do valor dos benefícios se relaciona diretamente com o custeio da seguridade. E, como veremos oportunamente, urbanos e rurais têm formas diferenciadas de contribuição para o custeio. (SANTOS, 2013, p. 45)

1.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Outro princípio de suma importância no ramo do Direito Previdenciário é o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, que nas palavras do autor acima mencionado, trata-se “ de aplicação no momento da elaboração da lei que se desdobra em duas fases: seleção de contingências e distribuição de proteção social.” (SANTOS, 2013, p. 46). Mister salientar importante posicionamento dos referidos autores:

O sistema de proteção social tem por objetivo a justiça social, a redução das desigualdades sociais (e não a sua eliminação). É necessário garantir os mínimos vitais à sobrevivência com dignidade. Para tanto, o legislador deve buscar na realidade social e selecionar as contingências geradoras das necessidades que a seguridade deve cobrir. Nesse proceder, deve considerar a prestação que garanta maior proteção social, maior bem estar. (SANTOS, 2013, p. 46)

Destarte, de grande importância a observância de tal princípio em cada caso concreto para melhor proteção dos indivíduos e sua aplicação eficiente.

1.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Os benefícios em geral não podem ter seu valor reduzido, devendo ser o suficiente para atingir o mínimo necessário para subsistência do ser humano intensificando o valor do princípio da dignidade da pessoa humana juntamente com o artigo 201 §4º da CF que estabelece o princípio da irredutibilidade. A previsão deste princípio está estabelecida no inciso IV do artigo 194 e conforme estabelece os autores, “não pode sofrer redução no seu valor mensal” (SANTOS, 2013, p. 46), e ainda nos ensinam que:

A inflação tem marcado a economia nacional e, principalmente na década de 1980, marcou, sobremaneira, salários e benefícios previdenciários. Era tão grave essa situação que a CF de 1988 previu, no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma revisão geral para todos os benefícios de prestação continuada em manutenção, isto é, já concedidos em 05.10.1988, na tentativa de resgatar seu valor originário. Para tanto, determinou que todos esses benefícios fossem recalculados, de forma que passassem a equivaler ao mesmo número de salários mínimos que tinham na data da concessão, até a implantação do novo plano de custeio e benefícios, o que ocorreu com a vigência da Lei n. 8.213/91. (SANTOS, 2013, p. 46)

1.5 Equidade na forma de participação no custeio

O princípio da equidade na forma de participação no custeio previsto no inciso V, está relacionado a atividade prestada pelo sujeito passivo e a capacidade contributiva. Para Pedro Lenza e Marisa Santos, “o conceito de “equidade” está ligado à ideia de “justiça, mas não à justiça em relação às possibilidades de contribuir, e sim à capacidade de gerar contingências que terão cobertura pela seguridade social”, e ainda ensinam que:

Então, a equidade na participação no custeio deve considerar, em primeiro lugar, a atividade exercida pelo sujeito passivo e, em segundo lugar, sua capacidade econômico-financeira. Quanto maior a probabilidade de a atividade exercida gerar contingências com cobertura, maior deverá ser a contribuição (SANTOS, 2013, p. 47).

1.6 Diversidade da base de financiamento

De acordo com a definição da doutrina ora declarada:

Trata-se da aplicação do princípio da solidariedade, que impõe a todos os segmentos sociais — Poder Público, empresas e trabalhadores — a contribuição na medida de suas possibilidades. A proteção social é encargo de todos porque a desigualdade social incomoda a sociedade como um todo (SANTOS, 2013, p. 48).

1.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa. Participação da comunidade

Conforme esclarece Pedro Lenza e Marisa Santos a “gestão da seguridade social é quadripartite”, portanto, com a participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e poder público. Ponderam que “a descentralização significa que a seguridade social tem um corpo distinto da estrutura institucional do Estado”. Dentro do ramo do direito previdenciário tal característica recai sobre a Autarquia Previdenciária encarregada de executar a legislação previdenciária.

Diante da análise apresentada e fundamentada sobre os princípios que regem toda a seguridade social, é notório a importância de aplicação desses princípios nas relações previdenciárias, de modo a preservar à vida de indivíduos bem como sua dignidade e subsistência aplicando um benefício que lhe possa garantir o mínimo necessário, empregando contribuição previdência de acordo com sua capacidade de suportar tal contribuição de forma equitativa. E ainda, o dever do poder público de garantir aos indivíduos a universalidade na cobertura de atendimentos com a finalidade de proteção social.

Portanto, em toda e qualquer relação, seja entre empregados e empregadores no âmbito da legislação trabalhista, ou segurados e Autarquia Federal, deve-se garantir os princípios impostos pela Constituição Federal como fundamento do estado democrático de direito e base da dignidade humana.

2. IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA MÉDICA

No âmbito administrativo bem como no âmbito judicial os segurados ao requer benefícios por incapacidade, muitas vezes, são submetidos a perícias, onde médicos especialistas ou não, avaliam a incapacidade relatada devendo apresentar laudo de capacidade ou incapacidade. A CLT prevê que cabe ao empregador arcar com os

encargos salariais de empregados que estão afastados do trabalho por doenças que incapacitem para exercer sua atividade laborativa, até o 15º dia de afastamento, portanto, sendo de responsabilidade da Previdência Social, caso comprovada a incapacidade a responsabilidade de pagamento de benefício ao segurado a partir do 16º dia de afastamento.

Conforme ensina o autor José Ricardo Caetano Costa, é crescente o número de novas doenças, principalmente “psíquicas tomando proporções dantes inimagináveis” (COSTA, 2014, p. 120). Com isso a grande problemática está direcionada a análise do perito quanto a questões de ordem ambiental, social e pessoal, ou seja, além de incapacidade de funções do corpo, estaria o indivíduo com limitações internas e específicas dentro do ambiente laboral que o incapacitam para exercer sua atividade laboral?

De acordo com o autor:

Acreditamos que dois referenciais tornam-se imprescindíveis no que se denomina de “quebra de paradigmas”, no sentido que queremos direcionar nossa investigação: primeiro, a International Classification of Functioning, Disability and Health, denominada em Português por C.I.F (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde), de maio de 2001 e, segundo, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.08 e promulgadas pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.09). (COSTA, 2014, p. 120)

Em perícias judiciais, o médico especialista nomeado, irá auxiliar o juízo como meio de prova para constatar se existe ou não a incapacidade afirmada pelo autor no devido processo judicial, a partir deste procedimento, o juiz deve avaliar o laudo e proferir sua sentença. De acordo com (SILVA apud COSTA, 2014, p.120):

Perícia é a pesquisa, o exame, a verificação, para mostrar o fato, quando não há meio de prova documental para tanto. Por suas habilidades e conhecimentos, o perito tem condições de esclarecer os fatos ou o assunto, com o objetivo de propiciar uma solução justa e verdadeira da contenda.

Importante ensinamento de (SAVARIS, 2001, p.9), de que o perito além de conter conhecimentos específicos e técnicos para avaliar o indivíduo, deve “ter ciência de que sua manifestação não terá sentido se desprezar o universo social e a história de vida da pessoa examinada” (SAVARIS apud COSTA, 2014, p.121).

No Brasil, as perícias médicas realizadas estabelecem o parâmetro de que para ser constatada incapacidade para o trabalho e eventualmente resultar em benefício previdenciário, é necessária apresentação de problemas no corpo, nas articulações ou músculos, ou seja, limitações físicas, análise que eventualmente poderia acarretar em inúmeros prejuízos para aqueles que sofrem de alguma limitação que não seja essa, acarretando em perdas como a manutenção de sua sobrevivência.

A exemplo do exposto, atualmente são inúmeros os casos de incapacidade ou doenças por estresse, pânico etc. Desse modo, cabe ao Poder Público, existente a real incapacidade, arcar com os custos de remédios e o mínimo necessário para subsistência daquele indivíduo.

A vista disso, em seu artigo sobre análise biopsicossocial, o autor ora já destacado no texto, José Costa, ressalta um pensamento importante:

Dentre nós, a Perícia Médica foi construída calcada em números, análises quantitativas e etiológicas, como se o que interessasse fossem somente os corpos e as articulações dos músculos dos trabalhadores/segurados. Se o corpo apresenta problemas, é caso de incapacidade para o trabalho (COSTA, 2014, p.123).

Na concepção do autor essa ideia retrograda de avaliar de acordo com limitações no corpo, articulações ou músculos como dito anteriormente, não deve se aplicar na atualidade, contudo, ainda é aplicado por consequência de três realidades, vejamos:

Falta de um número de peritos suficientes para dar conta da enorme demanda existente; falta de médico especialista nas mais diversas especialidades, tais como psiquiatras, oftalmologistas, neurologistas etc e uma pré-compreensão equivocada e deturpada das relações havidas entre médicos e segurados: os primeiros, mesmo subconscientemente, prejulgam os segundos como falsificadores da realidade, aumentando as doenças e seus sintomas e, os segundos, na pré-compreensão de que os peritos são seus verdadeiros inimigos, únicos responsáveis pelo indeferimento de suas pretensões (COSTA, 2014, p.124).

É sabido, portanto, que existem casos de fraudes, mentiras, e pessoas que não são acometidos de doença ou qualquer tipo de incapacidade, por esse motivo a Autarquia Federal estabelece algumas medidas para que não haja fraudes e benefícios indevidos. Todavia, o perito deve se responsabilizar não em se atentar a esses atos de fraudes ou mentiras para garantir um benefício, mas sim, realizar o seu papel de identificar se existe ou não incapacidade laborativa, sendo ela de algum órgão ou até mesmo imperceptível aos leigos.

No âmbito judicial, não é diferente. Os laudos periciais são anexados aos processos judiciais, cabendo ao juiz analisar o meio de prova, e faz tão somente isso, e, possivelmente sua sentença será fundamentada de acordo com o laudo pericial, não restando provas ao autor para manifestar sua inconformidade com determinada decisão, a não ser, o recurso inominado.

Atualmente, a legislação prevê a possibilidade de a parte autora contratar assistente técnico para contestar a avaliação do médico perito, contudo, a parte deverá arcar com os custos. Dessa forma, muitas vezes a parte deve se conformar com o laudo do perito nomeado pelo juiz, não sendo oferecido no processo outros meios de provas acessíveis as partes hipossuficientes, e ainda, não utilizando o juízo de novas alternativas para solução dos litígios e proteger os cidadãos mais fracos daquela relação.

Nas palavras de José Costa: “não podemos nos contentar com um processo rápido, o que nem sempre é verdade, se os resultados mais parecem militar contra os segurados do que em prol destes”. De acordo com o referido autor, a incapacidade laboral não está diretamente relacionada a incapacidade física ou funções e estruturas do corpo, mas também, individual, intelectual, que devem ser observadas cuidadosamente, vejamos:

Ocorre que somente a análise das patologias, per si, não é suficiente para constatar a incapacidade laboral dos periciandos/autores. É preciso investigar, bem como propor uma alternativa razoável e holística, que abarque novos conceitos e abranja, destarte, uma realidade até então inatacada: as questões sociais, individuais e ambientais que devem ser sopesadas, juntamente com a análise etiológica, para, aí sim, termos um diagnóstico da incapacidade laboral (COSTA, 2014, p.135).

O conceito de incapacidade sofreu importante alteração a partir de 2001, fato em que a OMS emitiu a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, observando a saúde dos indivíduos. Vejamos o que esclarece o autor já mencionado:

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).

Portanto, numa análise completa, ou seja, biopsicossocial, é fundamental analisar o fundamento, a causa, a origem, a razão pela qual ocasionou determinada incapacidade ou doença, bem como o envolvimento em situações cotidianas vividas pelo indivíduo, as restrições de ambientes laborais. Destarte, não somente uma deficiência ou limitação na estrutura do corpo humano, mas análise de problemas sociais que resultam em restrições ou limitações na vida social.

Por fim, grande ensinamento da doutrina ora mencionada sobre o tema:

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 médicos 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).

CONCLUSÃO

Diante dos ensinamentos apresentados aos leitores, fica claro, por óbvio, a importância de a perícia médica ser realizada avaliando conjuntamente com fatores já avaliados, fatores além daqueles perceptíveis aos olhos leigos. Embora não exista atualmente com frequência a análise completa, ou biopsicossocial nas esferas administrativas e judiciais, é de responsabilidade do médico perito apreciar aspectos ambientais e sociais como esclarecido anteriormente neste artigo. Com os novos casos de doenças atuais, por exemplo, estresse, pânico, depressão etc, caberá ao profissional especializado considerar deficiências bem como limitações ambientais que eventualmente prejudiquem a saúde do indivíduo. O futuro dos segurados, ou aqueles que devem ser assistidos pela Previdência Social, depende do profissionalismo dos peritos e também dos juízos, em casos de ações judiciais. Por fim, é necessário frisar que a perícia médica atual não é suficiente para atestar a incapacidade laborativa, não

devendo tão somente a incapacidade ser avaliada pela patologia diagnosticada, mas na saúde daquele cidadão que deve permanecer com dignidade e preservar seu sustento e de sua família, e sobretudo a falta dessa saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_194_.asp. Acesso em 26 mar 2020.

COSTA, José Ricardo Caetano. ISQUIERDO, Ana Maria Correa. O Procedimento Biopsicossocial: da Perícia À Habilitação/Reabilitação Profissional. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. v.3. n.1. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322679466_O_PROCEDIMENTO_BIOPSISSOCIAL_DA_PERICIA_A_HABILITACAOREABILITACAO_PROFISSIONAL. Acesso em 22 mar. 2020.

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 28 mar. 2020.

FLORES, Adriana Mayon Neiva. JUNIOR, Áderson Luiz Costa. Modelo Biopsicossocial e Formulação Comportamental: Compreendendo a Cefaléia do Tipo Tensional. **Psicol. estud.** vol.13, n.1, p.143-151, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v13n1/v13n1a16.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

PEREIRA, Thaís Thomé Seni Oliveira; BARROS, Monalisa Nascimento dos Santos; AUGUSTO, Maria Cecília Nobrega de Almeida. O cuidado em saúde: o paradigma biopsicossocial e a subjetividade em foco. **Mental**. vol.9, n.17, pp. 523-536, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272011000200002. Acesso em 29 mar. 2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 3. ed. de acordo com a Lei n. 12.618/2012. São Paulo. Saraiva, 2013.

SIMENSATTO, Valderez Andrade Gomes; VIANA. Joseval Martins. A importância do aspecto biopsicossocial para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27626205_A_IMPORTANCIA_DO_ASPECTO_BIOPSISSOCIAL_PARA_A_CONCESSAO_DO_BENEFICIO_DE_APOSENTADORIA_POR_INVALIDEZ.aspx. Acesso em 29 mar. 2020

**DE UMA PERSPECTIVA LINEAR PARA O DIREITO:
Das Influências do Pós-Positivismo Jurídico no Pensamento de Reale e
a Exceção Causídica à Tridimensionalidade**

Norton Maldonado Dias¹

RESUMO

O presente trabalho estuda, pelo viés da metodologia dedutiva e bibliográfica, as influências do pós-positivismo jurídico no pensamento de Miguel Reale acerca do pensamento tridimensional de fato, valor e norma. Ocorre que a proposta tridimensional é pensada em um contexto de culturalismo jurídico e de resgate da Teoria dos Valores de Kant em detrimento à superada separação dos valores morais e do Direito do antigo positivismo hermético. O trabalho aborda as influências do pós-positivismo no processo ainda maior de elevação dos valores morais à condição de norma jurídica, repercutindo, inclusive, na perspectiva Tridimensional do Direito no pensamento de Miguel Reale, investigando possibilidades lineares de polarização na aplicação da norma em detrimento a tridimensionalidade vigente nos dias atuais.

Palavras-chave: Teoria Tridimensional do Direito. Princípios. Pós-Positivismo.

**FROM A LINEAR PERSPECTIVE TO THE RIGHT:
From the Influences of Legal Postpositivism in the Thought of Reale
and the Causal Exception to the Tridimensionality**

ABSTRACT

The present work studies, due to the bias of the deductive and bibliographic methodology, the influences of the legal post-positivism in Miguel Reale's thinking about the three-dimensional thinking of fact, value and norm. It occurs that the three-dimensional proposal is conceived in a context of legal culturalism and the redemption of Kant's theory of values to the detriment of the overcome separation of moral values and the law of old Hermetic positivism. The work discusses the influences of post-positivism in the even greater process of raising moral values to the condition of legal norm, reflecting, even, in the three-dimensional perspective of the law in the thought of Miguel Reale, investigating Linear possibilities of polarization in the application of the norm to the detriment of the current tridimensionality in the present day.

Keywords: Three-dimensional Theory of Law. Principles. Post-Positivism.

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Marília. Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica e Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito de Sinop – MT.

INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolveu, através da metodologia dedutiva, as reais influências do Pós-positivismo ou do Novo constitucionalismo (Neoconstitucionalismo) na aplicação do Direito, estritamente quando os valores e princípios são elevados à condição da própria norma jurídica.

O pensamento tridimensional que afirma contornos da categorização do Direito em três polos: fato, valor e norma jurídica defendida por Miguel Reale acaba merecendo significativa investigação e aprofundamento quando os valores e princípios são a própria norma, podendo, inclusive, afastar as normas-regras para incidirem a respectiva aplicação.

A dinamização do Direito defendida pela concepção Realeana e da visão tridimensional, onde o Direito não é só a norma jurídica, mas o fato e os valores decorrentes da influência da Teoria dos Valores verificável no pensamento de Kant, galgam um novo significado de aplicação do Direito no caso concreto.

Para tal, importa as diferenças ontológicas da natureza dos valores em detrimento aos princípios, averiguando as reais autonomias das dimensões axiológicas como campo separado da esfera da normatividade, incluindo o enfrentando da problemática questão dos princípios enquanto valores e os valores morais como normas jurídicas, conferindo no poliedro da tridimensionalidade de Reale, as polarizações que podem ou não se manter.

Trata-se de pressuposto indispensável o desenvolvimento do pensamento de Miguel Reale como um dos objetivos como forma de contextualizar a evolução, abordando as influências do culturalismo jurídico em relação ao antigo positivismo e, posteriormente, relacionando com o pós-positivismo ou Novo Constitucionalismo jurídico (Neoconstitucionalismo).

Ao final a proposta declina a investigação para o aprofundamento da ponderação de interesses como postulado de aplicação das normas princípios, trabalhando na hipótese na manutenção ou não da perspectiva da tridimensionalidade (fato, valor e norma jurídica) após a elevação dos princípios para o campo da normatividade jurídica.

Trata-se, em suma, de uma verificação do prevaecimento do fato, valor e regras quando, por influências do pós-positivismo jurídico, a norma jurídica deixa de ser somente regras e passa a ser concebida como princípios ou valores morais, instabilizando

as polarizações da Teoria Tridimensional verificável no pensamento de Miguel Reale quanto ao valor e a norma.

1. DA RELAÇÃO DO DIREITO COM O POSITIVISMO JURÍDICO: CONFRONTANDO OS PENSAMENTO DE MIGUEL REALE E HANS KELSEN

O culturalismo jurídico corresponde a fonte sobre a qual a Teoria Tridimensional do Direito adveio, bem como a relevância do pensamento de Kant e sua obra “Kritik der Sitten”, onde se verifica que a produção da capacidade de ser livre e fazer as escolhas advém de diretrizes essencialmente culturais e valorativas:

[...] Constata-se, daí, que a Teoria Tridimensional do Direito insere-se no âmbito do culturalismo jurídico. Ora, o culturalismo jurídico foi uma corrente que, de certa forma, nasceu com o pensamento kantiano. Kant, em sua obra Kritik der Sitten, havia observado que a produção, em um ser racional, da capacidade de escolher os próprios fins em geral e, conseqüentemente, de ser livre, deve-se à cultura. (GONZALEZ, 2000, p.3).

A perspectiva tridimensional do Direito advém do culturalismo com expressivas influências do pensamento de Kant que fez alusão a teoria dos valores, assim, segue a perspectiva tridimensional para Direito, afirmando as ciências jurídicas como consequente das três dimensões: fato, valor e norma jurídica.

A aplicação do Direito pressupõe uma relação que não mais afirma a existência positivista de apenas regramentos positivados, mas do reconhecimento de uma aplicação formada e construída por valores, positavações e da análise dos fatos suscetíveis da incidência de um Direito várias polarizações e não mais restritas à apenas regramentos, tal como pretendeu o positivismo hermético de outrora (Teoria dos Círculos Independentes).

Porém, há expressiva inteligência em uma perspectiva que vislumbra um Direito como fonte envolvente de diversos aspectos e não rigidamente separados, haja vista que o Direito decorre, justamente, das diferentes interferências e influências:

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor (REALE, 2003, p.91).

Salienta-se, desse modo, que o Direito é marcado pelo dinamismo da mudança social, ou em outras palavras, trata-se de uma realidade de mudanças, admitindo algumas constantes em termos de valores universais e que podem prevalecer mesmo com o decurso do tempo:

A vida do direito não pode, efetivamente, ser concebida senão como uma realidade sempre em mudança, muito embora, a meu ver, se possa e se deva reconhecer a existência de certas 'constantes axiológicas', ou, por outras palavras, de um complexo de condições lógicas e axiológicas universais imanentes à experiência jurídica (REALE, 2003, p.85).

Nesse sentido, o Direito consiste em um processo aberto cuja influência valorativa é a fonte dinamizadora do ordenamento jurídico, legitimando e fundamentando regras que, em que pese passíveis de modificações, a respectiva carga valorativa fundante pode prevalecer:

[...] O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo (REALE, 2000, p.574)

O Direito, portanto, gera uma relação consequencial que se corrige e se auto revê, relacionando as noções de valor, cultura, pessoa; conduzindo uma concepção tridimensional à experiência jurídica de fato, valor e norma, contribuindo para a construção de uma nova forma de pensar o Direito que vai além das superadas ideias positivistas:

[...] A ontognoseologia, que correlaciona devidamente sujeito e objeto como termos que se exigem reciprocamente em uma relação de complementariedade, revisou os conceitos de valor, cultura, pessoa, etc. conduzindo a uma concepção tridimensional da experiência jurídica, em que fato, valor e norma se dialetizam segundo uma dialética de implicação polaridade (LLORENTE, 1989, p. 142).

O pensamento tridimensional do Direito afirma uma relação dos fatos com os valores, inclusive com efeitos da respectiva validade objetiva, trata-se da compreensão de uma norma como indispensável para a respectiva interpretação:

A compreensão tridimensional do Direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. No momento de interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido de que a regra do Direito

não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais (CARVALHO, 2011, p. 186).

Dentre de uma perspectiva de interação e de diferentes influências envolvendo o Direito, este declina, inclusive, para outras áreas das Ciências, dentre as quais, Ciências Sociais com o estudo dos fatos, da antropologia e, dentre outros, a própria filosofia como um aprofundamento da noção de valor:

[...] Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do Direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (CARVALHO, 2011, p. 70).

O jurista, portanto, é, também, um filósofo dos valores e um sociólogo dos fatos para efeito da necessidade cada vez mais exigente para observação de uma realidade:

Tudo depende, por conseguinte, da natureza da realidade observada, havendo casos em que a implicação se dá entre termos opostos, como acontece no campo do Direito, onde fato, valor e norma atuam um sobre o outro, dessa tensão resultando a norma jurídica que supera a contrariedade, tal como tenho demonstrado na minha teoria tridimensional do Direito. Em tais casos, pode-se falar, especificamente, em dialética da implicação-polaridade (REALE, 2000, p. 189).

Atenta-se, inclusive, que valores aludem ao “dever ser”, trata-se de uma situação ideal de coisas, enquanto as regras são descritivas acerca de comportamento e situação que pode ou não ser reproduzida na realidade dos fatos.

A objetividade de valores que pertencem ao “dever ser” não conseguem ser pensadas sem referência elucidativa do plano histórico, compreendido com variantes axiológicos que elevam o valor como fonte da qual decorre as diferentes maneiras comportamentais:

Sendo os valores fundantes do dever ser, a sua objetividade é impensável sem ser referida ao plano da história, entendido como experiência espiritual, na qual são discerníveis certas invariantes axiológicas, expressões do valor fonte (a pessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (REALE, 2003, p. 75).

O próprio Miguel Reale diz, claramente, no capítulo inicial da obra Teoria Tridimensional do Direito, acerca da relevância da inserção da filosofia no complexo de fatos históricos e sociológicos: “A razão de ser da Filosofia do Direito não pode ser

apreciada em abstrato, mas em suas necessárias correlações com o complexo de fatos históricos e sociológicos dos quais decorre a nova atitude observada” (REALE, 2003, p. 23).

Portanto, trata-se de uma proposta que nas próprias palavras de Reale, importa na inserção da filosofia no complexo de fatos históricos, sociológicos e de outras influências que exigem um Direito não mais separado no mundo das regras e da positividade jurídica, mas defendendo uma forma mais abrangente e de novas perspectivas na aplicação da norma jurídica.

2. DO PROCESSO DE EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS VALORES DE KANT: UM CONFRONTO DO VALOR NO CULTURALISMO JURÍDICO E A RESPECTIVA ELEVAÇÃO PARA A NORMATIVIDADE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Dentre as características peculiares da natureza humana está a capacidade de inovação e de direcionar a realidade em detrimento à natureza, pode-se falar, portanto, que o ser humano é o “único ser capaz de inovar ou de instaurar algo de novo no processo dos fenômenos naturais, dando nascimento a um mundo que é, de certo modo, a sua imagem na totalidade do tempo vivido” (REALE, 2002, p. 204), sem perder de vista que a sociedade humana possui a necessidade de Justiça, Direito e Moral, diferenciando-as das outras searas da natureza organizada segundo as próprias leis naturais, por isso a criação de um Direito escrito e positivo nas palavras de Kelsen:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral (KELSEN, 2006, p. 75).

Não bastando, portanto, a diferenciação das leis da natureza para os valores morais e da criação de um Direito Positivo, importa contextualizar as antigas e superadas premissas de uma época em que o Direito Positivo era afirmado de forma distinta e autônoma da Moral, trata-se de premissas concebidas por Kelsen:

Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de

Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste (KELSEN, 2006, p. 75).

A sistematização acaba sendo inserida na concepção do Direito, onde é indispensável uma pretensão de correção com mínimo de eficácia social, pertencendo aos princípios e argumentos normativos nos quais apoia o procedimento de aplicação do Direito:

[...] o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas a qual (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão da correção (ALEXY, 2004, p. 123).

Há reconhecimento de que nem todos os valores terão relação implicacional obrigatória para o Direito, pois o próprio Alexy admite que alguns valores não implicam em princípios, porém havendo um sistema de controle e verificação de compatibilidade com uma estrutura escalonada que excluem outras quando extremamente injustas da seara do Direito:

[...] um sistema desprovido de pretensão à correção não possa ser considerado sistema jurídico, e que na prática os sistemas jurídicos a formulam. Que os elementos outrora descritos (legalidade em conformidade com o ordenamento, eficácia social e a correção material) referem-se além da constituição, às normas postas em conformidade com essa constituição, existindo uma estrutura escalonada, excluindo-se normas extremamente injustas da seara do direito. E por fim, que incorpora-se ao direito o procedimento de sua aplicação, pois tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o direito almejando sua correção o direito abarca. Ou seja, que princípios não identificados como jurídicos sobre as bases da validade de uma constituição bem como demais argumentos normativos fundamentadores de decisões pertenceriam ao direito (ALEXY, 2004, p. 123-126).

Analisa-se, desse modo, o pensamento de Robert Alexy que reconhece a estrutura escalonada de normas injustas que podem ser excluídas do sistema, justamente, em razão da própria injustiça social que geram nas relações. Valendo, inclusive, o procedimento no sentido de que a sua aplicação almeja correção sistêmica:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...] (ALEXY, 2008, p. 93-94).

A distinção entre regras e princípios compreendem normas jurídicas distintas que exigiram um novo postulado de aplicação, haja vista a abrangência axiológica sobrejacente que evolui a construção conceitual normativa e a construção conceitual dos fatos:

[...] As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, 2012, p. 77-78)

Diferenciam-se, portanto, os princípios enquanto normas buscam finalisticamente a evolução de um estado de coisas e a construção comportamental nesse sentido:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2012, p.88)

As regras são normas imediatamente descritivas, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e abrangentes, possuem outras características em detrimento as regras, e, por isso, a necessidade de pensar um novo postulado de aplicação:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas

imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2004, p. 70).

As enunciações normativas de valor genérico, condicionante e orientadoras da compreensão do ordenamento jurídico. Valendo ressaltar, assim, que uma nova forma de pensar tanto para a aplicação, bem como para a integração: [...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (REALE, 1994, p. 48).

Assim, como há um estudo todo voltado as normas-regras, eleva-se, também, um estudo voltado para os princípios com respectiva classificação (omnivalentes, plurivalentes e monovalentes):

[...] a) princípios omnivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente; b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial as ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento; c) princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito. (REALE, 2002, p. 317-318)

Portanto, com um novo constitucionalismo, eleva-se esta diferenciação, de que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica e que, por razões de serem diferentes, exigem aplicações e elaborações de postulados, também, bastante diferente:

A distinção entre princípios e regras não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas. Esse fato, porém, não exclui que cada norma, per se, possa ser aplicada de tal modo que todos os sinais característicos efetivos e normativos de uma situação sejam examinados. Provavelmente, esse será um desenvolvimento inevitável em sociedade complexas, justamente no caso daquelas normas que, no âmbito do possível, aparentemente constituem “declarações” definitivas. (GUNTER, 2004, p. 319)

Reporta-se que a dicotomia e dualidade entre as espécies normativas é decorrência do novo constitucionalismo e pós-positivismo, haja vista a importância deste processo ou fenômeno ao resgate dos valores à condição de norma jurídica, pois antes dele os princípios eram meras intenções metajurídicas:

É desvalioso dizer que nem sempre foi assim. Os princípios eram vistos como meras intenções metajurídicas, que não vincularam e nem poderiam fazê-lo pelo seu alto grau de generalidade. A parte de um corpo constitucional ou legislativo que contivesse apenas princípios era tida como uma espécie de carta de intenções, ao lado das regras que efetivamente valiam (CAVALCANTE, 2008, p.72.)

Assim, sucede-se que os princípios precedem outros, bem como no caso concreto são verificados e ponderados os pesos de cada princípio:

[...] o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso. (ALEXY, 1993, p. 89).

Vale ênfase na expressão “mandados de otimização” tão reiterados e repisados pela doutrina, relevando as existentes distinções entre regras e princípios abordada não só por Humberto Ávila, mas também por Alexy:

[..] los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas y reales existentes. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas on. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre regias y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (ALEXY, 1993, p. 86)²

Os autores do novo constitucionalismo devem às construções de postulados e estudos acerca da natureza dos princípios, comparativos atualmente existentes acerca das diferentes normas jurídicas, em suma, a configuração atualmente existente e vigente nesse sentido consiste:

Seria uma fronteira débil para Esser, Bobbio, Larenz e Canaris. Essa vertente divisa uma diferença não de qualidade, mas de grau ou quantidade entre as regras e os princípios, e ainda assim sem contornos bem definidos, sendo o que ocorre, por exemplo, quando se afirma que

² [...] os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por tanto, as regras contêm determinações no âmbito da fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (Tradução própria)

os princípios são mais gerais que as regras, nada impedindo, contudo, encontrarem-se regras gerais. E finalmente haveria, para outros, uma forte demarcação conceitual entre as regras e princípios. Aqui são destaque Ronald Dworkin e Robert Alexy, e mais recentemente Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (CAVALCANTE, 2008, p.73)

As ideias de Larenz acerca dos princípios compreendidos como diretivos são outro exemplo que evidencia que valores devem “tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa do ordenamento jurídico interno” (LARENZ 2001), afirmando que no “sistema externo” deve ser composto por conceitos abstratos elaborados a partir da generalização de fatos-tipo, objeto de uma regulamentação:

Os princípios jurídicos não têm o caráter de regras concebidas de forma muito gerais, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de ser concretizados. [...] Os princípios podem entra em contradição entre si. A sua actuação pode ocorrer diferentemente daquilo que acontece com a aplicação das regras, numa medida maior ou menor’. (LARENZ, 2001, p. 676).

A distinção entre princípios e regras não se restringe a estes autores, o próprio Canotilho reconhece tal diferenciação, aludindo os critérios já conhecidos da doutrina, dentre os quais, abstracção, determinabilidade, fundamentalidade, natureza normogenética e outros:

[...] a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. (CANOTILHO, 1999, p. 166-167)

Desse modo, a natureza ontológica e a essência dos princípios são valorativa e o próprio Miguel Reale (1996, p. 37) admite que valores são objetivas no mundo da cultura, sendo imprescindível a ligação com respectiva historicidade de um povo: “O valor é uma

realização humana, uma projeção do espírito”, por isso a nomenclatura proposta como do historicismo axiológico ou histórico-cultural:

[...] nos fenômenos naturais, o método de abordagem se refere á possibilidade de explica-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam; já nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de compreender, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos fenômenos, valorando-os. A introdução do compreender traz para a ciência o discutido conceito de valor. As ciências humanas passam a ser explicativas e compreensivas à medida que se reconhece que o comportamento humano, não tendo apenas sentido que lhe damos, tem também o sentido que ele próprio se dá (...). (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 03).

Deste modo, o estudo e compreensão dos valores é propedêutico que precede o desenvolvimento de uma perspectiva que não seja a tridimensional para, justamente, compreender como que a carga valorativa que se encontrava fora do campo da normatividade, em que pese fazia parte do Direito, começa a ocupar o status de norma jurídica com todas as características respectivamente inerente.

Valores (...) pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o bom e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior. (...) As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso exatamente porque o dever-ser o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 593).

No trabalho intitulado “Justice for Hedgehogs” (2011, p. 528) de autoria de Ronald Dworkin é desenvolvido uma teoria unitária de valor, enfatizando precipuamente as razões morais justificadoras e legitimadora de comportamentos práticos:

Os valores tratam de convicções que buscam se enquadrar em padrões com o objetivo de legitimar e justificar opções práticas comportamentais com os fins de justifica-lo, por isso se eleva as diferenciações legitimadores dos comportamentos, em suma, as ditinções existentes entre valores e princípios:

[...] os princípios não devem ser confundidos com valores. Estes, diferentemente dos princípios que têm sentido deontológico, não indicam consequências jurídicas pelo não cumprimento do comportamento desejado; portanto, os valores não são considerados normas, indicam apenas relações de preferência. Já os princípios que possuem força normativa têm o poder de impor deveres e criar direitos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 593).

Não se afasta a diferenciação marcante entre princípios e valores morais, porém não se afasta da natureza dos princípios a carga valorativa e axiológica dela inerente, de modo que os valores morais foram constitucionalizados na condição de princípios, havendo a diferença quanto a amplitude dos valores morais e seu aspecto de fonte dos quais os princípios foram retirados:

Em que pese, irradiado na doutrina as diferenciações basilares entre princípios e regras como as modalidades normativas atualmente existentes, atenta-se que o próprio Ronaldo Dworkin (2002, p. 38) admitiu expressivas dificuldades nas distinções, fazendo menções entre regras, princípios e valores:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política partícula é mais importante que outra frequentemente não será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 38).

A ideia de “verdades fundantes” para compreensão dos princípios dentro de um sistema de conhecimento é um pressuposto na necessidade de investigação científica:

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE; 2006, p. 303)

Desse modo, transparece-se a evolução dos valores no decorrer do histórico humano, inclusive em um momento em que o Direito estava separado dos valores (Direito Positivo de Kelsen) para um Direito compreendido como indispensavelmente valorativo (Culturalismo Jurídico e a Teoria Tridimensional de Reale) até as influência do pós-positivismo que elevou os valores morais à condição de norma jurídica com todas as características cogentes e obrigatórias.

3. DAS INFLUÊNCIAS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO NO PENSAMENTO DE MIGUEL REALE: A LINEAR APLICAÇÃO DO DIREITO COM A ELEVAÇÃO DE VALORES MORAIS PARA A CONDIÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Desse modo, pode-se dizer que os princípios são uma modalidade ou desdobramento dos valores que galgam normatividade jurídica com respectivos aspectos cogentes e de força obrigatória, mas que de nenhum modo se afasta da carga valorativa que faz parte da sua natureza ontológica.

Reitera-se, assim, que, em que pese distinção seja de aspectos mais específicos dos princípios, bem como derivados dos valores morais sempre originários e mais amplos, tendo em vista que os princípios derivam e são especificações dos valores morais quando reconhecidos pelo Direito na qualidade de norma jurídica; eleva-se que não há uma independência dos princípios em detrimento aos valores morais, uma vez que não tem como afastar deles sua carga valorativa, justamente, por tratar de respectiva composição de sua estrutura, mas que foi elevado à condição de norma jurídica por influência do pós-positivismo:

Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.³ (ALEXY, 1993, p. 147)

Atenta-se acerca das dificuldades emergentes na teorização de Alexy quando, por exemplo, admite-se que a lógica argumentativa não é suficiente para a aplicação normativa do postulado, tendo em vista irrefutável a necessidade de fundamentação moral para alcançar o grau necessário de coerência, exigiu-se, portanto, uma nova formulação de postulado para aplicação dos princípios:

É importante ressaltar que o próprio Alexy aceita as dificuldades emergentes de sua construção teórica, mesmo porque a identificação de moral correta com moral fundamentável não se apresenta perfeitamente configurada, ensejando espaços de incerteza. Também, a preservação do caráter normativo da pretensão de correção depende não apenas de argumentos puramente lógicos, mas de uma fundamentação moral caso se pretenda obter razoável grau de coerência. Entretanto, a teoria distintiva das estruturas de princípios e regras, se não oferece soluções

³ O que no modelo dos valores é prima facie o melhor é, no modelo dos princípios, prima facie devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, pois, os princípios e aos valores se diferenciam somente em virtude do seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. (tradução própria)

definitivas, leva muito adiante as pesquisas dirigidas a uma teorização adequada das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2004, p.48)

Fica difícil não reconhecer que os princípios foram valores morais que saíram da mera condição integradora da norma para galgarem a condição da própria norma jurídica, inserindo-se como arcabouço normativo e seus respectivos consequentes jurídicos, inclusive compreendendo o “reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça” (BONAVIDES, 1994, p. 232).

O postulado de preceitos meramente descritivos que buscavam ser aplicados tendo em vista a precisão e similaridade de situações ou comportamentos reproduzidos na realidade intitulado subsunção não consegue amparar uma máxima de natureza diversa, onde valores morais e situações ideais que se encontram distantes da realidade e não mais similares acabam exigindo uma nova forma ou postulado de aplicação da norma quando se tratar de normas-princípios, trata-se da ponderação de interesses.

Ocorre, porém, que no período em que a Teoria Tridimensional foi pensada, tratava-se de um período de forte influência do positivismo e do Império das normas regras, onde se predominava o postulado da subsunção, verificando uma tríade na aplicação da norma-regra quando se incidia ao fato respaldado por um valor moral.

A tridimensionalidade ainda se encontra vigente na aplicação das regras, ocorre, porém, que não se pode negar a excepcionalidade causídica da aplicação de princípios, onde não há uma aplicação separada da norma jurídica e do valor moral, pois o princípio é a própria norma jurídica por influência do Pós-positivismo jurídico e de um Novo Constitucionalismo.

A aplicação da norma jurídica nem sempre irá manifestar na incidência de uma regra à fato respaldado por valor (fato, valor e norma: tridimensionalidade), uma vez que pode ocorrer, de forma causídica, como uma incidência da carga valorativa através da norma princípio diretamente ao fato (valor ou princípio ao fato: linearidade), trata-se da linearização causuística do Direito (Teoria Linear do Direito ou Causuismo Linear do Direito).

A forma causídica da linearização corresponde a aplicação dos princípios verificáveis caso a caso (causuismo), diferentemente das regras cuja aplicação é resolvida no âmbito da abstração e não no caso concreto.

Portanto, a tridimensionalidade somente se mantém na aplicação abstrata das normas regras que pode ser afastada na aplicação das normas princípios pelo viés do postulado da ponderação de interesses que ocorre no caso concreto e que desfigurará a

tridimensionalidade do fato, valor e norma, tendo em vista que, por influência pós-positivista, o valor será a própria norma aplicada diretamente ao caso concreto: incidência do valor como norma-princípio diretamente ao fato, figura-se uma relação linear: valor ou princípio aplicado ao fato e não mais tridimensional: do fato, valor e norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento de Miguel Reale vislumbrou um Direito dinamizado não somente no âmbito da normatividade, mas reconhecendo outras esferas no âmbito dos fatos e dos valores. Trata-se de pressupostos indispensáveis em detrimento à aplicação fria das regras aplicada no antigo positivismo hermético.

A contextualização dos valores superou os obsoletos ideais positivistas correspondente a *ratio cognoscente* de um Direito que acabara de sofrer radicais separações com o pensamento de Hans Kelsen em uma visão de afastamento do Direito em detrimento aos valores morais (Teoria dos Círculos Autônomos).

Baseada na Teoria dos Valores do pensamento de Immanuel Kant, a perspectiva tridimensional irá reconhecer o aspecto axiológico dos valores no Direito, afirmando as polarizações do fato, valor e norma; refutando uma aplicação isolada da regra ao fato decorrente dos remotos tempos de positivismo Kelseano.

Ocorre, porém, que o processo que implicou em uma redefinição da concepção do Direito não se restringiu somente a polarização diferenciada de fato, valor e norma defendida pela Teoria Tridimensional, mas em um processo em que os valores através das normas princípios não se restringiriam a uma polarização separada da norma jurídica, mas, por influência do pós-positivismo, ocuparam o campo da norma propriamente dita.

As mudanças que começaram com as necessidades de repensar a aplicação da norma jurídica que tradicionalmente eram aplicados com as regras e com o postulado da subsunção, não mais conseguiam permanecer, tendo em vista a natureza ampla dos princípios e valores morais que, diferentemente das regras, exigiram um novo postulado de aplicação, repensado com a intitulada ponderação de interesses.

Alguns efeitos na aplicação da norma jurídica por influência do pós-positivismo pode ser percebida como na redução expressiva da analogia que deixou de ser aplicada, em grande parte, pois lacunas poderiam ser preenchidas pelos aspectos excepcionalmente abrangente dos princípios em substituição da técnica de verificação de regras para fatos

semelhantes, em outras palavras, a tradicional analogia (método integrador da norma jurídica).

No processo de inserção de valores e princípios para o Direito, salienta-se afirmação no sentido de uma evolução que recomeçou da ideia positivista de separação, posterior reconhecimento de funções integradora e interpretativas e, por fim, o reconhecimento do princípio não mais como premissa recomendatória ou respaldo valorativo fundamentador, mas sim com força de norma jurídica, gerando as mudanças nos postulados basilares de aplicação e da forma como o Direito teve que ser repensado.

O conhecido julgamento de Nuremberg foi um marco da necessidade desta reformulação diante das teses defendidas pelos nazistas de cumprirem a lei nos exatos termos de um Estado de Direito Totalitário, dando os primeiros passos no processo de revalorização da norma jurídica que não mais poderiam serem aplicadas de forma afastada dos valores morais.

Assim, o princípio na verdade seria aquele valor que foi constitucionalizado, tornando-se devido e com todos os consequentes jurídicos inerentes de toda e qualquer norma, incluindo aspecto obrigatória e cogente.

Não se trata, porém, de diferenças entre princípio e valor, pois o valor moral é um gênero e uma fonte do qual o princípio foi retirado, sente este espécie que sofreu uma derivação normativa, uma vez não há como desvincular do princípio da respectiva carga valorativa inerente, especificado por uma processo de constitucionalização ou elevação à condição de norma por fortes influências do próprio Neoconstitucionalismo.

A perspectiva tridimensional do Direito defende que o Direito não está adstrito a mera norma-regra, mas de uma aplicação que envolve outras análises como o fato e o valor, porém a elevação dos princípios à condição de norma jurídica redefine um valor que é aplicado na condição da própria norma jurídica e não mais como uma polarização colocada ao lado da norma jurídica.

Trata-se do valor sendo aplicado como a própria norma jurídica em si (norma-princípio), por isso o trabalho declina pela fusão dos diferentes pólos: valor e norma que deixaram de ser dois pontos separados e tornaram-se uma só polarização do Direito, desfigurando a tridimensionalidade de fato, valor e norma em favor de uma nova perspectiva, trata-se da Teoria Linear do Direito.

O postulado desta verificação consiste na própria aplicação da norma que é a ponderação, ocorrendo quando princípios com as respectivas cargas valorativas são

relativizados para aplicação no caso concreto, linearizando o Direito e desfigurando, de forma causídica, a tridimensionalidade defendida no pensamento de Miguel Reale.

Assim, pode-se falar que na aplicação de princípios ponderados no caso concreto não há fato, valor e norma, pois o princípio que expressa o valor consiste na própria norma jurídica, em suma, o princípio é o próprio valor aplicado como norma, não existindo a polarização de três dimensões (fato, valor e norma); mas apenas duas polarizações dimensionais com o fato e a própria norma jurídica (norma-valor ou norma-princípio).

Portanto, a perspectiva tridimensional do Direito teve expressivas influências do pós-positivismo que elevou os valores às condições de normas jurídicas, ou seja, os princípios passaram a ser a própria norma na sua aplicação no caso concreto.

Não se pode esquecer que o postulado de aplicação de regras consiste na subsunção abstrata que não deixou de existir com o pós-positivismo, mantendo a tridimensionalidade de fato, valor e norma apenas na aplicação de regras e no uso da subsunção. Porém, quanto aos princípios e ao uso do postulado da ponderação de interesses não há mais que se falar na tríade de fato, valor e norma, uma vez que o valor é a própria norma jurídica aplicada no caso concreto (causuístico e não abstrato), excepcionando no caso concreto a tridimensionalidade defendida por Miguel Reale.

Trata-se de uma linearização com advento do postulado da ponderação e aplicação de valor como norma ao fato (caso concreto). A dimensão do valor não pode estar polarizada de forma diversa da norma jurídica, pois o valor é a própria norma no caso dos princípios, configurando uma proposta linear entre norma e fato e não mais fato, valor e norma.

Reserva-se a observação de que a presente proposta no caso das regras não afasta a perspectiva tridimensional de Reale; porém instabiliza e excepciona a tridimensionalidade que desaparece e acaba sendo desfigurada na aplicação de princípios, uma vez que estes galgam à condição de norma jurídica, afastando a tríade de fato, valor e norma para apenas duas polarizações compostas por valor (através da norma princípio) e o fato, ou seja: fato e norma-princípio (Teoria Linear do Direito).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **El concepto y la validez Del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **Doxa** – Publicaciones periódicas, n. 5, 1988.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, p. 87

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. **Direito Civil: Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BAGOLINI, Luigi. **Diritto e Scienza Giuridica nella Critica dei Concreto.** Milão: S.ed, 1942.

_____. **Direito e Moral na Doutrina da Simpatia.** Trad. de Dora Ferreira da Silva. São Paulo: Saraiva, 1952.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 1996

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995

CALHEIROS, Clara. In: Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro. **Atas do IX Colóquio Tobias Barreto.** Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.

CARVALHO, José Mauricio de. **Caminhos da moral moderna, a experiência luso-brasileira.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1995.

- _____. **Curso de introdução à filosofia brasileira.** Londrina: EDUEL, 2000.
- _____. **Contribuição Contemporânea à História da Filosofia Brasileira; balanço e perspectivas.** Londrina: EDUEL, 2001.
- _____. **O homem e a filosofia, pequenas meditações sobre a existência e a cultura.** 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2007.
- _____. **Miguel Reale: ética e filosofia do direito.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011.
- CUNHA, Paulo Ferreira. Da teoria da justiça. Diálogo com o pensamento jusfilosófico de Miguel Reale. In: **Atas do IV Colóquio Tobias Barreto.** Viana do Castelo: Câmara Municipal, 1998.
- _____. Teoria do Direito e Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale. In: Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro. **Atas do IX Colóquio Tobias Barreto.** Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.
- CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador:** a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.
- CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1999.
- CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** Armênio Amado Editor: Coimbra, 1979.
- _____. **Los principios generales del derecho.** 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1948.
- DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A noção de norma jurídica na obra de Miguel Reale. In: O pensamento de Miguel Reale, **Atas do IV Colóquio Tobias Barreto.** Viana do Castelo: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. **Derecho Justo.** Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas; 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LLORENTE, Francisco Olmedo. **La filosofía crítica de Miguel Reale**. Cuenca: Ediciones de la Universidad, 1989.

LAVEDÁN, María Isabel Ferreiro. La definición del derecho como uso de Ortega y Gasset. In: ALONSO, Fernando H. L. e SÁENS, Alfonso Castro. **Meditaciones sobre Ortega y Gasset**. Madrid: Tebar, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. **Unas Lecciones de Metafísica**. Obras Completas. 2 reimpresión, v. XII, Madrid: Alianza, 1997.

PAIM, Antônio. **A problemática do culturalismo**. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 1995.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

PENHA, Álvaro Mariano. Conceitos de Direito e a Tridimensionalidade Jurídica. **Revista de informação legislativa**, v. 39, n. 154, p. 123-127, abr./jun, 2002 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/776>. Acesso em 7, dezembro. 2016, 20:03.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Direito como Experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SICHES, Luis Recaséns. **Panorama del Pensamiento Jurídico em el Siglo XX**. 1º ed. Cidade do México: Tomo editorial, 1963.

SAÚDE E O ACESSO A MEDICAMENTOS

Flaviana dos Santos Miguel Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar o acesso a medicamentos com base no direito a saúde, direito fundamental garantido por nossa Carta Magna. O direito a vida, nosso bem maior, destacado com relevância na Constituição Federal, nos apresenta o Norte nesta discussão. O objetivo é demonstrar nas listas oficiais de medicamentos e suas divisões dentro do parâmetro municipal, estadual e da União, apontando os medicamentos padronizados e não padronizados pelo SUS, chegando ao uso *off-label* de medicamentos, as ferramentas que auxiliam o Poder Judiciário nas demandas de saúde. Utilizando da metodologia de pesquisa bibliográfica e entendimento jurisprudencial demonstra a busca da equidade entre todos sem exceção.

Palavras-chave: Direito. Saúde. Medicamentos. Constituição Federal.

HEALTH AND ACCESS TO MEDICINES

ABSTRACT

This article aims to analyze access to medicines based on the right to health, a fundamental right guaranteed by our Charter. The right to life, our greatest good, highlighted with relevance in the Federal Constitution, presents us the north in this discussion. The objective is to demonstrate in the official lists of medicines and their divisions within the municipal, state and Union parameters, pointing the standardized and non-standardized medicines by SUS, reaching the off-label use of medicines, the tools that help the judiciary in the demands. Using the methodology of bibliographical research and jurisprudential understanding demonstrates the pursuit of equity among all without exception.

Keywords: Law. Health. Medicines. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Muito se discute a importância do acesso a saúde especificamente aos medicamentos. É indiscutível que atender as necessidades de saúde básica prioritárias da população, que o Estado deve manter.

¹ Graduada do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º apresentou direitos sociais, dentre os quais a saúde se demonstrou um tema relevante. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a vida encontram-se intimamente ligados ao direito a saúde, sendo, portanto, protegido por nossa Carta Magna. No título VIII – Da Ordem Social, a seção II discorre sobre a saúde, nos artigos 196/200. A saúde é direito de todos e dever do Estado, atribuição bem definida e direcionada. Cabendo, portanto, ao Estado o gerenciamento deste tema de forma direta e eficaz, sendo atribuído ao SUS – Sistema Único de Saúde, toda a logística para execução das políticas públicas na Saúde, com a criação da Lei 8080 de 09 de setembro de 1990 descrevendo sobre o funcionamento deste sistema.

Tendo o Estado a responsabilidade de ser garantidor do direito a saúde e quando ocorre sua omissão na prestação deste serviço, a judicialização da saúde acontece entregando ao Poder Judiciário a responsabilidade da manutenção ao bem maior: a vida. Cabe ao poder Judiciário agir para que o direito seja efetivamente concretizado, atuando, portanto, na esfera administrativa decidindo por exemplo sobre a transferência de unidade hospitalar ou a concessão de medicamentos. O princípio da separação de poderes encontra-se prejudicado no momento em que uma ordem judicial contém a obrigação de fazer imposta ao Poder Executivo, para entrega de insumos e/ou medicamentos. Em que pese ocorra o prejuízo deste princípio, o bem maior será tutelado, a vida terá garantia de existência.

Devido ao aumento da judicialização na área da saúde o Instituto Sírío-Libanês de Ensino e Pesquisa (IEP/HSL) em parceria com o Ministério da Saúde promoveu curso de Capacitação em Direito à Saúde Baseada em Evidências (SBE-DIREITO), onde os operadores do Direito são direcionados a otimizar todo um sistema para que o tratamento requerido possa ser efetivamente realizado em observância ao sistema de saúde e seus subsídios.

Desta forma, o presente artigo abordará o direito à saúde com enfoque no acesso a medicamentos, sejam eles padronizados ou não pelo SUS, e para tanto será abordado o direito à saúde enquanto direito fundamental, lista oficial de medicamentos, medicamentos padronizados e não padronizados pelo SUS bem como o uso *off-label* de medicamentos e o entendimento jurisprudencial referente a esta matéria.

1. DIREITO À SAÚDE

A busca pelo Direito para obtenção de medicamentos que por vezes são negados e/ou não alcançados pelo SUS, disponibilizados na lista oficial RENAME, demonstra a fragilidade de um sistema que não consegue garantir um direito fundamental, neste caso à Saúde. A relação estadual de medicamentos é chamada de RESME, e a relação adotada pelos Municípios, de REMUME. A RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS. A RENAME será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional - FTN que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos. O Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica (PCDT) é o documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Vários fatores estão interligados nesse ponto gerando um trabalho interdisciplinar no Judiciário, como a criação do NAT – Núcleo de Assessoramento Técnico que hoje denominado de Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NAT JUS, conforme Resolução 238/2016 do CNJ, tem sua origem nas demandas por retrovirais para tratamento da AIDS.

Visando enfrentar estes aspectos da judicialização da saúde, propiciar maior racionalização do uso dos recursos públicos e fornecer aparato técnico aos magistrados, em 2009, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em convênio com a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil (SESDEC – atualmente Secretaria Estadual de Saúde / SES), criaram o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), projeto pioneiro em todo o país.

A assessoria prestada pelo NAT-JUS ocorre por meio da elaboração de pareceres técnico-normativos para análise de pedidos de liminar e tutela provisória nas ações que tenham por objeto o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos, insumos para saúde, insumos nutricionais, tratamentos médicos, procedimentos médicos não emergenciais (consultas, exames, cirurgias e internação hospitalar), utilizando para isso uma equipe interdisciplinar de farmacêuticos, enfermeiros, nutricionistas, médicos e fisioterapeutas, que buscam oferecer auxílio técnico fundamentado.

A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência

Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Nesse diapasão, os pareceres técnicos quando retornam do NAT, informam sobre este tópico, dentre outras especificidades.

Em nosso país, observa-se que direitos fundamentais se deparam com obstáculos para que sejam devidamente fornecidos ou custeados pelo Estado. Nesse sentido, o Judiciário se vê com a responsabilidade de uma decisão que muitas vezes pode custar a vida de um ser humano, bem maior que possuímos. Em contrapartida, o Brasil também foi signatário da Declaração dos Direitos Humanos, que em 10 de dezembro de 1948 na Assembléia Geral das Nações Unidas foi adotado e proclamado, na qual saúde é direito fundamental e progressivo.

Se o direito a saúde é um direito fundamental, como chegar a um consenso comum e proporcionar aos doentes necessitados seu tratamento independente de lista oficial, liberado pela Anvisa, uso *off-label* ou parecer favorável do NAT? Esse direito deveria estar acima de normas positivadas, afinal quando se perde a vida, tudo acaba. As Varas de Fazenda Pública recebem ações diariamente referentes a esse assunto. E decidir entre esses emaranhados de informações e regras nem sempre a conclusão é o mais justo.

Pacientes tentam socorro para alcançar o acesso ao tratamento bem como pela sua manutenção, tendo medicamentos durante todo período necessário prescrito pelo profissional da saúde que o assiste, o Judiciário pode intervir junto a essas pessoas necessitadas e o Estado, que alega desequilíbrio orçamentário para cumprimento dessas ações.

No que diz respeito ao fornecimento de medicamentos /tratamentos e insumos a atribuição dada ao Ministério da Saúde através da portaria NO-957 de 10 de maio de 2016 - Estabelece o conjunto de dados e eventos referentes aos medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e do Programa Farmácia Populares do Brasil para composição da Base Nacional de Dados de Ações e Serviços da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), foi à composição de uma lista onde existe a possibilidade de ter acesso aos que se encontram disponíveis no Sistema (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME), através dessa atribuição foi realizada a edição da Portaria MS n. 3916/98, que inicialmente fixou a Política Nacional de Medicamentos, bem como das Portarias GM/MS ns. 399/06 – divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto., 2981/09 – revogada pela PRT nº1554/GM/MS de 30.07.2013, 3439/10 - altera os arts. 3º, 15, 16 e 63 e os Anexos I, II,

III, IV e V à Portaria nº 2.981/GM/MS, de 26 de novembro de 2009, republicada em 1º de dezembro de 2009 e 4217/10 - aprova as normas de financiamento e execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

A adoção de protocolos como fundamento de instrumento nas ações de saúde para o desenvolvimento do fornecimento de medicamentos ajuda na elaboração das listas municipais e estaduais, para que ocorra desta forma a descentralização das atribuições e por consequência redução de valores direcionados para efetiva assistência, ressaltando a positividade a nível constitucional. O caminho percorrido desde a prescrição médica até a efetiva retirada dentro do Sistema é o instrumento da padronização.

1.1 Lista oficial de medicamentos

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) define a lista de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) tendo como finalidade principal ao atendimento das necessidades prioritárias da população brasileira.

Para conclusão desta lista de fármacos, ocorre uma análise realizada pelo Ministério da Saúde das inclusões, exclusões e alterações dos medicamentos orientados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec). Além da relação de medicamentos, a RENAME também define a responsabilidade pela compra e distribuição desses medicamentos entre estados, municípios e a União.

Alinhada com as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) a RENAME possui finalidade estratégica para as políticas de saúde, recebendo orientação quanto a promoção ao acesso seguro e racional dos medicamentos.

A RENAME possui uma divisão de cinco categorias: básico, estratégico, especializado, insumos e hospitalar. Essa divisão visa a responsabilidade dos entes federativos para aquisição e distribuição dos medicamentos.

No Componente Básico o financiamento é tripartite sob regulamentação da Portaria GM/MS nº 1.555, de 30 de julho de 2013, que aprova a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. A União, estados e municípios repassam os recursos definidos nessa portaria. As responsabilidades pela compra e distribuição desses medicamentos ficam por conta das secretarias municipais de saúde. Os medicamentos têm por finalidade atender os principais agravos e programas de saúde da Atenção

Básica. Podemos citar como exemplos: Amoxicilina (para o tratamento de infecções bacterianas), Dipirona (analgésico e antitérmico), Insulina (diabetes), Enalapril (hipertensão arterial) e contraceptivos e DIU (planejamento familiar).

No componente Estratégico, de acordo com a Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, o financiamento e captação dos medicamentos fica somente sob responsabilidade do Ministério da Saúde, que repassa aos estados, e estes aos municípios. Neste componente os medicamentos são voltados para o controle de doenças e agravos específicos e com potencial impacto endêmico, caracterizados por situações de vulnerabilidade social e pobreza. Podemos citar como exemplos: tuberculose, hanseníase, malária, leishmanioses, doença de Chagas, cólera, esquistossomose, filariose meningite, tracoma e micoses sistêmicas. As vacinas também são inseridas nesse componente.

No Componente Especializado, de acordo com a Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, ocorre uma divisão em três grupos. O financiamento fica sob responsabilidade do Ministério da Saúde (grupo 1) dos estados (grupo 2) e dos municípios (grupo 3). Esse componente reúne a estratégia de acesso a medicamentos no SUS que visa garantir a integralidade do tratamento para algumas situações clínicas, principalmente agravos crônicos, tendo custos mais elevados ou de maior complexidade. Podemos citar como exemplos: tratamento da artrite, da esclerose múltipla e das hepatites virais. Considerando a definição dos critérios contida nos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT) para se ter acesso a esses medicamentos.

Os produtos para a área de saúde contemplados na relação de insumos estão diretamente relacionados aos programas do Ministério da Saúde. Dessa relação os itens integram os Componentes Básico e Estratégico, ambos já citados acima. Podemos citar como exemplos: águas para injetáveis, álcool etílico, dispositivo intrauterino plástico com cobre (o DIU utilizado para controle de natalidade), preservativos masculinos e femininos (a famosa camisinha), e seringas com agulhas acopladas para aplicação de insulina.

Já os medicamentos usados no Uso Hospitalar são aqueles que possuem descrição específica em uma tabela do Ministério da Saúde acessada via SIGTAP (Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos), são financiados no âmbito da Atenção de Média e Alta Complexidade.

1.2 Medicamentos padronizados e não padronizados pelo SUS

Os medicamentos disponíveis para o tratamento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS, são aqueles selecionados e padronizados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Esta função cabe ao Ministério da Saúde a revisão e a atualização periódica da RENAME e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Esse processo pode permitir a incorporação de novos medicamentos, a exclusão ou a alteração de medicamentos já padronizados.

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada com a Lei nº 12.401/2011 é quem auxilia o Ministério da Saúde nesse processo.

A CONITEC realiza as avaliações com base nas evidências científicas disponíveis levando em consideração aspectos como a eficácia, efetividade e segurança do medicamento, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às opções terapêuticas já existentes. Após a avaliação é elaborado um Relatório de recomendação da CONITEC que fica disponível por um determinado período em seu site para consulta pública. As contribuições e sugestões recebidas são organizadas em um relatório final. Esse documento é encaminhado ao Ministério da Saúde para a tomada de decisão.

Para prescrição de medicamentos não padronizados o Ministério da Saúde possui uma resolução - RESOLUÇÃO CIT/MS Nº 29, DE 26 DE JANEIRO DE 2017, que segue para informação:

MINISTÉRIO DA SAÚDE
COMISSÃO INTERGESTORES TRIPARTITE
RESOLUÇÃO CIT/MS Nº 29, DE 26 DE JANEIRO DE 2017
Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 1 nov. 2017. Seção 1, p.56
Dispõe sobre a apresentação de justificativa para a prescrição de medicamento (s) não padronizado(s) no Sistema Único de Saúde (SUS) e centralização de dados.
A COMISSÃO INTERGESTORES TRIPARTITE, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso I do art. 14-A da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;
Considerando a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, e o Decreto nº 4.676, de 21 de dezembro de 2011, que, respectivamente, criou e regulamentou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), e lhe conferiram, entre outras competências, a de **subsidiar a incorporação de novos medicamentos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)**;
Considerando o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que instituiu a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) como a lista de medicamentos que devem estar à disposição dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio de políticas públicas e programas de saúde

estabelecidos;

Considerando a cooperação entre entes na gestão dos impactos da judicialização da saúde, na definição de diretrizes e estratégias comuns de atuação para a organização de fluxos, informações e procedimentos; Considerando a necessidade de centralização de dados acerca da prescrição de medicamentos não padronizados no SUS, de forma a conhecer sua motivação e características;

Considerando a possibilidade de utilização dos dados, com vistas a demandar avaliação pela CONITEC, acerca das evidências científicas de eficácia, segurança, efetividade e o impacto econômico e logístico da incorporação de medicamentos no SUS;

Considerando a possibilidade de utilização de dados, com vistas ao aprimoramento da gestão do SUS, para a definição de estratégia específica de atuação, para a qualificação da alocação de recursos e/ou para a detecção de fraudes,

Art 1º Caberá ao gestor do SUS informar os prescritores sobre os medicamentos padronizados no SUS e garantir a sua disponibilização, respeitada a pactuação de responsabilidades dos entes federados e a complexidade dos serviços;

Art. 2º Caberá ao gestor federal do SUS disponibilizar e manter sistema informatizado para receber as informações de formulários para justificativa de prescrição de medicamento não padronizado no SUS no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o devido compartilhamento de dados e informações entre gestores do SUS; com vistas ao aprimoramento da política pública de saúde, podendo ser utilizado sistema informatizado constante da Resolução CIT nº 20/CIT, de 27 de julho de 2017; Parágrafo único. O sistema nacional deve possibilitar a interoperabilidade de dados com os sistemas locais, porventura já existentes ou que venham a ser criados.

Art 3º O modelo de formulário para justificativa de prescrição de medicamentos não padronizados no SUS, conforme anexo, a ser preenchido pelo prescritor, nos casos em que o medicamento: (i) não seja padronizado pelo SUS; (ii) seja padronizado, mas contra-indicado ou não possua indicação para o caso, devendo ser acompanhado por exames, quando pertinente, bem como serem relatadas as evidências científicas aplicáveis ao tratamento.

Parágrafo único: **O formulário para justificativa de prescrição de medicamentos não padronizados no SUS, a ser preenchido pelo prescritor, deverá indicar e justificar, do ponto de vista clínico, o grau de urgência do paciente para receber o medicamento prescrito, bem como que sejam explicitados os benefícios e riscos esperados**, com base na melhor literatura científica disponível.

Art. 4º O objetivo do formulário para justificativa de prescrição de medicamentos não padronizados no SUS, a ser preenchido pelos prescritores em fase pré e/ou judicial, é propiciar a implantação de um banco nacional de dados; a ciência acerca da motivação e características da prescrição de medicamento não padronizado; e, subsidiar a CIT com informações para a definição e priorização dos medicamentos a serem avaliados pela CONITEC.

Art 5º O estabelecimento de fluxo, pelo Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais, do Distrito Federal e Municipais de Saúde, para o uso de formulário para a justificativa de prescrição de medicamento não padronizado no SUS, deve dar-se conforme a organização local da gestão, considerada a necessária alimentação de dados em sistema informatizado indicado no art. 2º.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

O deferimento de medicamentos não padronizados pelo SUS pelo Poder Judiciário necessita do preenchimento de requisitos específicos, dentre os quais

podemos citar: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na ANVISA, observado os usos autorizados pela agência. Tendo por base a Resolução CIT/MS N° 29, de 26 de janeiro de 2017 que dispõe sobre a apresentação de justificativa para a prescrição de medicamento(s) não padronizado(s) no Sistema Único de Saúde (SUS) e centralização de dados.

1.3 Uso *off-label* de medicamentos

Para fabricação e comercialização de medicamentos ocorre a necessidade de regulamentação destes, realizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), necessita, além disso, de registro dos medicamentos junto ao órgão regulador fica atrelado à indicação de seu uso, ou seja, a sua prescrição médica.

Devido a diversos fatores, alguns medicamentos no momento de seu registro, deixam de incluir algumas indicações por ainda estarem sendo aguardados resultados referentes a efeitos/impactos nas pessoas medicadas. Importante ressaltar que o uso *off-label* não é ilegal. Ocorre a utilização do medicamento de forma distinta da que consta estabelecida na bula, o que já ocorre em outros países.

A necessidade ou desejo do uso *off-label*, muitas das vezes é o caminho escolhido quando não há alternativas terapêuticas aprovadas para a doença ou para determinado grupo que necessita do tratamento, como por exemplo crianças, idosos e gestantes. Ressaltando que o uso de medicamentos é considerado mais confiável quando a comprovação de estudos clínicos com resultados garantindo a eficácia do fármaco. No caso do uso *off-label*, não possui essa garantia, podendo ainda apresentar reações adversas.

2. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Estão no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça casos que prometem dar solução a algumas das controvérsias. No STJ, a 1ª Seção, em abril de 2017, concluiu o julgamento do RESP 1.657.156 tendo como relator o Ministro

Benedito Gonçalves sob o rito dos recursos repetitivos, e estabeleceu critérios para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do SUS. Segue trecho do voto:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE. PACIENTE PORTADORA DE GLAUCOMA. HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE CONDENOU O ESTADO E O MUNICÍPIO DE NILÓPOLIS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Inconformismo do Estado apelante, ora agravante, contra a decisão monocrática que manteve a condenação dos réus ao fornecimento dos medicamentos pleiteados, objetivando rediscutir a matéria. A saúde é direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo os poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem, cumprindo fielmente o que foi imposto pela Constituição da República e pela Lei nº. 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde. Ademais, não há que se falar em violação dos artigos 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/90, visto que se cuida de orientação para dispensação de medicamento, como ação de assistência terapêutica integral, que não inviabiliza a assistência por medicamento orientado pelo médico da paciente e, por consequência, não afronta o texto constitucional e não significa contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF. Desprovemento do recurso. (BRASIL, 2017).

O Ministro Benedito Gonçalves usou a seguinte frase em seu voto: “A questão controvertida encontra-se assim delimitada: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)., votaram juntamente com o relator os ministros: Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Foi decidido que o Judiciário poderá determinar ao poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados do SUS desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: laudo do médico do paciente comprovando que o medicamento é imprescindível e que os medicamentos fornecidos pelo SUS são ineficazes para o tratamento pretendido; demonstração da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e existência de registro do medicamento na Anvisa.

Além de fixar esses três critérios, a decisão do STJ determinou que, depois de transitada em julgado a decisão em cada caso concreto, o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS fossem comunicados para estudos sobre a

viabilidade de os medicamentos pleiteados serem incorporados pelo SUS. Os critérios fixados só serão exigidos nos processos judiciais distribuídos a partir dessa decisão.

No STF, o Recurso Extraordinário 566.471 relator Ministro Marco Aurélio, que discutiu se o Estado deve fornecer medicamentos de alto custo que estão fora da lista do SUS por meio de decisão judicial. O recurso foi conhecido e improvido, mas ainda aguarda julgamento.

Em 28 de setembro de 2016, pediu vista dos autos o então Ministro Teori Zavascki, após o Ministro Relator Marco Aurélio fazer aditamento ao voto proferido em assentada anterior, e após os votos dos Ministros Roberto Barroso negando provimento ao Recurso e Edson Fachin, dando parcial provimento. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidência Ministra Carmem Lúcia, segue abaixo o trecho final do voto:

Antes de concluir, três advertências devem estar presentes. A primeira é que não se está, com a proposta formulada, inovando na ordem jurídica. Trata-se de iniciativa de racionalização substancial e procedimental de espécie de litígio dos mais tormentosos do dia a dia forense, fundamentada, integralmente, nas disciplinas constitucional e infraconstitucionais, civil e instrumental, sobre o tema. Nada foi proposto que não encontre em dispositivo jurídico correspondência normativa. A segunda é a de não se estar enfraquecendo o mínimo existencial, tornando-o ponderável frente aos deveres familiares. A fórmula desenvolvida visa densificar o dever estatal de tutela, incluindo, no núcleo constitutivo dessa obrigação, a incapacidade financeira da família solidária, e não apenas a do indivíduo. A terceira é reiterar que não se está a sugerir medida a abranger outros direitos sociais. Versa-se, exclusivamente, a situação de recusa do Estado em fornecer medicamento em razão do alto custo e da ausência em listas oficiais de distribuição. Essa orientação, inclusive, não deve ser observada se a negativa alcançar produto incluído em rol próprio de política de distribuição universal, considerada a configuração inequívoca do dever legal. Ante o exposto, estando configurados, conforme assentado na origem, os elementos objetivo e subjetivo do direito da recorrida à tutela estatal do mínimo existencial, desprovejo o recurso do Estado do Rio Grande do Norte. Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as 19 Cópia RE 566471 / RN disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. (BRASIL, 2019).

Já o RE 657.718 questiona a distribuição e comercialização de medicamentos sem registro na Anvisa, também da relatoria do Ministro Marco Aurélio, recurso conhecido e desprovido, que também aguarda julgamento. Em 22 de maio de 2019, o julgamento foi suspenso. Os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux,

Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes acompanharam o voto ajustado do Ministro Roberto Barroso para dar parcial provimento ao RE, e o voto do Ministro Dias Toffoli que acompanhava o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, para negar provimento. O Ministro Marco Aurélio retificou em parte, a conclusão de seu voto, e o Ministro Edson Fachin teve seu voto reajustado para acompanhar o Ministro Roberto Barroso e dar parcial provimento ao recurso.

Inclusive neste voto o Ministro cita o Recurso Extraordinário 566.471, segue abaixo para conhecimento e esclarecimento:

Reitero a óptica, considerada a insegurança do uso de medicamento sem registro na Anvisa, articulada no voto proferido no recurso extraordinário nº 566.471/RN, de minha relatoria. O registro do produto é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360, de 1976, configurando ilícito a não observância do preceito. 3 Cópia RE 657718 / MG Eis o dispositivo: Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. É assim porque o registro ou cadastro mostra-se condição para que a Agência fiscalizadora possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto. Não havendo o registro, a inadequação é presumida. Nesse caso, o medicamento tem a comercialização proibida, por lei, no País. Ante a ausência de aprovação pelo órgão investido legalmente da competência e dotado da expertise para tanto, existe o risco de o medicamento vir a prejudicar a saúde do paciente. Ainda que largamente utilizado em outro país, por força de lei, o remédio não pode circular em território nacional sem a devida aprovação técnica pelo órgão habilitado. Concluir de forma contrária é chancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontornáveis pelas autoridades públicas. Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico às expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições. Não podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente, no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Destaco não haver contradição relativamente ao consignado no recurso extraordinário nº 566.471/RN, de minha relatoria. Nele, assentei o dever do Estado de fornecer remédio de alto custo, mesmo se não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, quando comprovadas a imprescindibilidade do fármaco e a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família, solidariedade, para adquiri-lo. Disse não ficar configurada a adequação ou a necessidade do medicamento carente de registro na Anvisa. Diante do exposto, porque outrora ausente o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, conforme destacado na origem, desprovejo o recurso. Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento. (BRASIL, 2019).

A tese apresentada pelo relator, Ministro Marco Aurélio, é no sentido de que o Estado pode ser obrigado a fornecer remédios de alto custo, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para a aquisição do mesmo. O ministro também votou para que medicamentos não registrados no Brasil, mas devidamente testados e certificados no exterior possam ser fornecidos pelo Poder Público.

O posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal com relação as demandas de medicamentos podem ser assim descritas:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
 - II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
 - III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.(BRASIL, 2019)

2.1 CNJ e a judicialização da saúde

Trecho da introdução da Pesquisa Justiça realizada pelo CNJ em 2015, transmite a realidade vivida em todos os tribunais do nosso país:

A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde. (BRASIL,2015)

O CNJ tem buscado estratégias para o desenvolvimento da política jurídica como, por exemplo, a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde e até Comitês Estaduais de Saúde e recomendações sobre como os juízes podem decidir as

demandas que lhes são apresentadas. A preocupação com esse tema tem por base o cenário das demandas que tem chegado de maneira excessiva ao Judiciário, como chamado de socorro daqueles que necessitam da forma mais literal de saúde. Por fim a pesquisa demonstrou que o Estado deve ter política enfatizando a saúde através de mecanismos articulados como eixo estimulando a integração institucional. A prevenção deve estar acima do número de sentenças que demonstram assim a produtividade por seu volume. As iniciativas individuais não podem tratar o paciente como número para estatística, ali está um ser que necessita de cuidados, necessita de vida. A conclusão da pesquisa, ressalta a relevância de todo sistema:

O protagonismo das instituições jurídicas – e, em especial, do Judiciário – não esteve isento de contradições no Brasil, mas isso é um processo compreensível. Independentemente dos diversos desafios relacionados, o fato é que a judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos Poderes para o estabelecimento de políticas públicas que atendam aos critérios de universalidade, integralidade e descentralização. Em muitos casos, trata-se de uma verdadeira política judiciária de saúde, com destaque para o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo CNJ. Em suma, o que se observa é que esses desafios incidem sobre a relação entre Estado, sociedade e instituições jurídicas no processo de efetivação do direito à saúde e de consolidação da saúde pública e suplementar. Cresce a cada dia a importância de se estabelecer uma política judiciária nacional e simultaneamente local para a saúde. (BRASIL,2015)

O serviço do NatJus Nacional, no ar desde o fim de agosto, composta por 180 médicos do Hospital Albert Einstein atendem 24 horas por dia, sete dias por semana, desenvolvido e mantido pelo CNJ permite que magistrados tenham decisões embasadas com subsídios técnicos. O Ministério da Saúde, juntamente com o Conselho Nacional de Justiça, assinou dois convênios que viabilizaram este serviço. A parceria institucional possibilitou a participação de dois hospitais de excelência, Sírio Libanês e Albert Einstein, na construção e aperfeiçoamento do projeto e-NatJus. Para o conselheiro Arnaldo Hossepian, coordenador do Fórum da Saúde, o sucesso do projeto se dá por conta da quantidade de atendimentos. “Esta nova ferramenta – o Nat Jus Nacional – para questões de urgências apenas revela o que o comitê executivo havia diagnosticado quando o projeto foi instituído em novembro de 2017: o juiz carece de informação técnico-científica. Então acho que alcançamos o objetivo, dar conhecimento técnico-científico para a magistratura nacional poder julgar melhor as questões da saúde pública”, afirmou Hossepian.

A pesquisa do ano de 2019 do CNJ - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, demonstra que:

Os dados ora analisados indicam que em todos os estados e instâncias os juízes referem-se mais aos NATs do que à CONITEC em suas decisões. O fato de não citarem a CONITEC tanto quanto os NATs pode indicar um menor conhecimento dos magistrados sobre a política de incorporação de tecnologias, ou, também, uma confiança maior de juízes na competência dos técnicos do NAT para discutir a política de saúde. Nesse sentido, os magistrados prefeririam referir-se ao NAT do que apostar em seus próprios conhecimentos sobre o SUS e citar a CONITEC. (BRASIL,2019)

A III Jornada Nacional da Saúde realizada pelo CNJ nos dias 18 e 19 de março de 2019, este evento faz parte de ações voltadas para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado em 2010. Teve por objetivo debater todos os enunciados interpretativos sobre o direito à saúde para revisão e consolidação anteriormente aprovados nas Jornadas I e II. Segue demonstrativo de alguns enunciados da III Jornada:

ENUNCIADO Nº 75 Nas ações individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de indeferimento do pedido, devem ser observados cumulativamente os requisitos estabelecidos pelo STJ, no julgamento do RESP n. 1.657.156, e, ainda, os seguintes critérios: Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça 17 I) o laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento postulado poderá ser infirmado através da apresentação de notas técnicas, pareceres ou outros documentos congêneres e da produção de prova pericial; II) a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso off label ou experimental, salvo se houver autorização da ANVISA; III) os pressupostos previstos neste enunciado se aplicam a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas.

ENUNCIADO Nº 76 A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB).

ENUNCIADO Nº 77 Para o cumprimento da tutela judicial referente ao fornecimento de produtos em saúde, pode o ente público disponibilizar a entrega na instituição em que o paciente realiza o tratamento ou por meio de seus órgãos regionais, bem como em cooperação com as secretarias municipais e estaduais de saúde.

ENUNCIADO Nº 78 Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias de alta complexidade ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 83 Poderá a autoridade judicial determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a juntada ao processo de documentos de evidência científica (nota técnica ou parecer) disponíveis no e-NatJus (CNJ) ou em bancos de dados dos Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde (NATS) de cada estado, desde que relacionados ao mesmo medicamento, terapia ou produto requerido pela parte.

ENUNCIADO Nº 85 Para aferição da incapacidade financeira do paciente, o Juiz poderá realizar prévia consulta aos sistemas (RenaJud, BacenJud, InfoJud, CNIB etc) e aos bancos de dados à disposição do Poder Judiciário,

preservando-se a natureza sigilosa dos dados obtidos e observado o direito ao contraditório (CPC, arts. 9º e 10).

ENUNCIADO Nº 94 Até que possa ser concluído o processo da compra de medicamentos ou produtos deferidos por decisão judicial para regular fornecimento, o magistrado poderá Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça 21 determinar à parte ré o depósito judicial de valores que permitam à parte autora a aquisição, sob pena do sequestro de verbas.

ENUNCIADO Nº 96 Somente se admitirá a impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento, produto, órtese, prótese ou procedimento constar em lista RENAME, RENASES ou protocolo do Sistema Único de Saúde – SUS. (BRASIL, ANO).

2.2 Separações dos poderes

O princípio da separação dos poderes adotado pela Constituição Federal de 1988 baseado na formulação tripartite de Montesquieu, conforme o texto do art. Art. 2º da atual Constituição. Todos os poderes previstos neste artigo tem suas competências definidas sendo uno e indivisível e em regra devem ter harmonia entre si. Ocorrendo uma omissão estatal a intervenção do Judiciário não viola este princípio uma vez que o direito a saúde está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana e do direito a vida sendo tido como direito primário por excelência, por este motivo encontra-se elencado no rol de direitos fundamentais compondo assim o mínimo existencial.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal interpretando os artigos 5º caput e 196 da Constituição Federal consagrou “o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, assegurado a todas as pessoas (STF. 2ª Turma. ARE 685.230 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 25/03/2013).”(BRASIL,2013)

A preservação do mínimo existencial para que seja concretizado o direito fundamental entra em confronto com a reserva do possível quando o Poder Judiciário proferi decisões ultimando o Estado a promover o mínimo existencial. Nesse momento a discussão em torno da reserva do possível defendida pela Advocacia Pública, demonstra que a capacidade financeira do Estado não suporta a quantidade de decisões judiciais, em que pese o orçamento público não possa utilizar este argumento para evitar a garantia deste direito. O princípio da eficiência também entra nesta abordagem, mas não ocorre detrimento de um princípio em favorecimento a outro, a questão deve ser enfrentada de forma equilibrada.

A intervenção do Poder Judiciário não seria então uma afronta ao Princípio da Separação dos Poderes? Vejamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

(STJ. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2014). (BRASIL, 2014)

(...) É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.”

(STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016). (BRASIL, 2019)

A intervenção do Judiciário nas políticas públicas de saúde para o STF não fere o princípio da separação dos poderes, tão pouco prejudica a ordem pública, uma vez que a garantia e o acesso ao direito à saúde é de responsabilidade do Estado, independente da esfera do poder ou da abrangência de suas funções, não sendo admitido por nossa Carta Magna qualquer tentativa de não cumprimento dessa obrigação.

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.” (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.) No mesmo sentido: RE 582.825, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 22-3-2012, DJE de 17-4-2012; RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010; RE 595.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-4-2009, Segunda Turma, DJE de 29-5-2009.

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-199, Plenário, DJ de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010. (BRASIL, 2019)

Conclui-se que a separação dos poderes não é rígida, tendo entre os três poderes articulação e flexibilidade fazendo com que as atividades do Poder Público forneçam a harmonia na vida em sociedade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto o tema abordado demonstrou que o direito fundamental à vida e subsequentemente à saúde, muita das vezes percorre caminhos com obstáculos apresentados durante o percurso. Sua relevância demonstrada em nossa lei maior, a Constituição Federal busca priorizar de forma máxima a vida, enaltecendo, portanto, o acesso à saúde.

A judicialização da saúde tem se tornado excessiva, as demandas concernentes a essa questão têm crescido substancialmente nos Tribunais, tendo neste sentido o Poder Judiciário ter que intervir com decisões seletivas retirando da coletividade as verbas destinadas a políticas públicas.

Dentre os princípios elencados em nossa Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Dar provimento ou negar provimento ao direito fundamental à saúde transpassa por diversos tópicos importantes para o amadurecimento de uma decisão judicial.

Em que pesem, o Poder Judiciário tente transcorrer dentro desse tema com celeridade e prioridade, cabe ao Poder Público (Estado), analisar de maneira satisfatória sua arrecadação, adequando seu orçamento, dentro da reserva do possível, destinar à saúde pública fornecendo o direito primordial a existência, alcançando o objeto inicial da problemática abordada: saúde e acesso a medicamentos.

Em que pese, a Constituição Federal tenha efetivado o Princípio da Separação dos Poderes e cabendo a intervenção do Judiciário nas demandas de saúde, ainda assim cabe ao Estado a garantia do acesso ao direito à saúde, não tendo independência da esfera do poder ou da abrangência de suas funções.

A preocupação com este tema, trouxe as listas oficiais de medicamentos, que são divididas em medicamentos que deverão ser fornecidos pelos municípios, Estados e também pela União. Outro ponto importante é o uso ou não de medicamentos *off-label*, a política nacional de medicamentos do Ministério da Saúde, bem como suas portarias e o Sistema Único de Saúde.

A CONITEC, em geral, conclui a lista destes fármacos decorrente de uma análise obedecendo as diretrizes da Organização Mundial da Saúde, compondo a lista dos medicamentos padronizados e não padronizados pelo SUS. Neste sentido o uso *off-label* é a alternativa terapêutica para determinada doença ou moléstia, sem que esta indicação esteja em sua bula para comprovação da eficácia do tratamento.

A busca para o desenvolvimento de estratégias da política jurídica pelo CNJ resultou como, por exemplo, na criação do Fórum Nacional do Judiciário, demonstrando novamente a relevância da saúde em todo contexto nacional. Este ano ocorreu a III Jornada nacional da Saúde buscando resolução das demandas em assistência à saúde.

Devido ao aumento da judicialização da saúde e a falta de suporte técnico para que os magistrados tenham base para proferir decisões, os hospitais Sírio Libanês e Albert Einstein dispõem de equipes para auxiliar através de pareceres em cada caso concreto que lhe são enviados, remetendo aos magistrados um parecer com base em estudos atuais, como por exemplo juízes federais, que utilizam desta ferramenta. Em um outro projeto, este do TJRJ, os magistrados podem contar com o auxílio do NAT, que tem como objetivo principal a elaboração de pareceres técnicos normativos para análise dos pedidos nas ações de saúde.

Considerando que o direito a vida, a saúde e por conseqüência aos medicamentos necessários a promulgação do bem estar físico e alívio do mal-estar, cabendo discussões e apontamentos em busca da dignidade da pessoa humana resultando no alcance do justo e não violação dos direitos fundamentais do indivíduo como ser, direitos estes com previsão constitucional. Todo suporte de ferramentas aqui apresentados busca resolução da problemática abordada, auxiliando as decisões do Judiciário, uma vez que visa equilíbrio diante dos Três Poderes, da sociedade e do paciente.

REFERÊNCIAS

AMBITO JURÍDICO. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?_link=revsita_artigos_%20leitura&artigo_id=12526. Acesso em: 31 maio 2019.

ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. **STF se posiciona sobre fornecimento pela justiça de remédio sem registro na ANVISA.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/stf-posiciona-fornecimento-de-medicamentos>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. ANVISA. **Uso off label de medicamentos**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2863214&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=uso-off-label-de-medicamentos&inheritRedirect=true. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Comitê Estadual de saúde do Rio de Janeiro. **Histórico do NAT**. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/nat-jus/historico/>. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça pesquisa 2015** - judicialização da saúde no brasil – dados e experiências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça pesquisa 2019 - judicialização da saúde no brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência farmacêutica**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica-ceaf>. Acesso em: 10 set 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Para que serve a relação de medicamentos essenciais**. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/entenda-o-sus/52908-para-que-serve-a-relacao-nacional-de-medicamentos-essenciais>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM**. Disponível em: <http://mpma.mp.br/arquivos/CAOPSAUDE/portaria4217%202010.pdf>. Acesso em: 04 nov 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde assistência farmacêutica**. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/assistencia-farmaceutica/medicamentos-dos-componentes-da-assistencia-farmaceutica/>. Acesso em: 10 set. 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Legis**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Legis.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2981_26_11_2009_rep.html. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Legis.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0957_10_05_2016.html. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Legis.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0957_10_05_2016.html. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde.** Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3065>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde.** Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/03/pt-gm-ms-3439-2010.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução.** Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19389274/do1-2017-11-01-resolucao-n-29-de-26-de-janeiro-de-2017-19389201. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Notícias.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

COSTA, Tabata da Silva. **A judicialização da saúde:** as decisões do supremo tribunal federal frente ao princípio da separação dos poderes. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/295>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. **Com Judicialização Da Saúde, Juízes Passam A Ditar Políticas Públicas Do Setor.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ESPAÇO FARMACÊUTICO. **Prescritor:** quem pode prescrever medicamentos realmente. Disponível em: <http://www.espacofarmaceutico.com.br/blog/2018/02/01/prescritor-quem-pode-prescrever-medicamentos-realmente>. Acesso em: 05 jun. 2019.

HOSPITAL SIRIO LIBANÊS. **Medicina baseada em evidências:** uma ferramenta essencial no auxílio à tomada de decisão na área judicial. Disponível em: <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/imprensa/press-releases/Paginas/Medicina-baseada-em-vid%C3%A2ncias,-uma-ferramenta-essencial-no-aux%C3%ADlio-%C3%A0-tomada-de-decis%C3%A3o-na-%C3%A1rea-judicial.aspx>. Acesso em: 10 set. 2019.

IBES. **Saiba mais sobre a resolução de medicamentos não padronizados pelo SUS.** Disponível em: <http://www.ibes.med.br/resolucao-sobre-medicamentos-nao-padronizados-no-sus/>. Acesso em: 31 maio 2019.

IBES. **Saiba mais sobre a resolução de medicamentos não padronizados pelo SUS.** Disponível em: <http://www.ibes.med.br/resolucao-sobre-medicamentos-nao-padronizados-no-sus/>. Acesso em: 10 set. 2019.

MACHADO, Daniel Christofoli Guilherme. **A intervenção do poder judiciário no poder executivo na efetivação do direito fundamental à saúde e o princípio da separação de poderes.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/DanielChristofoli_GuilhermeMachado.html. Acesso em: 08 set. 2019.

MACIEL, Igor. **Fornecimento de medicamentos pelo estado, o que vai cair na minha prova?** Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/fornecimento-de-medicamentos-pelo-estado-o-que-vai-cair-na-minha-prova/>. Acesso em: 04 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do conselho nacional de justiça.** Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9560/1/ENUCIADOS%20APROVADOS%200E%20CONSOLIDADOS%20III%20JORNADA%20DA%20SA%C3%9ADE.%20%C3%9ALTIMA%20VERS%C3%83O.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Central de médicos analisa três ações judiciais de saúde por dia.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/central-de-medicos-analisa-tres-acoes-judiciais-de-saude-por-dia/>. Acesso em: 05 nov. 2019

MOURA, Elisangela Santos de. **O direito à saúde na constituição federal de 1988.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 08 set. 2019

OLIVEIRA, João Daniel Correia de. **O princípio dos poderes e o controle judicial do motivo do ato administrativo.** Disponível em: <https://joaodanielcorreia.jusbrasil.com.br/artigos/501938605/o-principio-da-separacao-dos-poderes-e-o-controle-judicial-do-motivo-do-ato-administrativo>. Acesso em : 05 nov. 2019

PORTAL MÉDICO. **Processo consulta Nº. 007/2009.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmac/pareceres/2009/7_2009.htm. Acesso em: 05 jun 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Justiça do Rio de Janeiro. **Consulta Jurisprudência.** Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.2.0>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O limite do possível no fornecimento de medicamentos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74158/o-limite-do-possivel-no-fornecimento-de-medicamentos>. Acesso em: 10 nov. 2019

SOUZA, José Alves de. **O princípio da separação de poderes/funções na constituição de 1988.** Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39002/o-principio-da-separacao-de-poderes-funcoes-na-constituicao-de-1-988>. Acesso em: 05 nov. 2019

VARGAS, Bruna Daleffe de. **O que são medicamentos “off label”?** Disponível em: <http://www.vidasraras.org.br/site/vidas-raras/noticias/386-o-que-sao-medicamentos-off-label>. Acesso em: 31 maio 2019.

**INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL:
desjudicialização e acesso à justiça**

Jovana Ferreira Lopes¹

RESUMO

Inventário é um instituto jurídico possível, dada à abertura da sucessão que ocorre com a morte do autor da herança. É etapa fundamental do procedimento que visa à definição final da partilha dos bens do de *cujus*. No inventário serão arrolados e avaliados os bens do monte, citados ou habilitados os herdeiros, pagas as dívidas reconhecidas, colacionados os bens doados em vida pelo falecido, e calculado o imposto devido pela transmissão. Aberta a sucessão, o processo de inventário e de partilha deverá ser instaurado no prazo de 02 meses, conforme previsão no Art. 611 do CPC/2015. Ocorrendo a abertura da sucessão, haverá de se considerar qual o meio mais conveniente e adequado para a realização do inventário, avaliando as possibilidades da via administrativa ou judicial. A presente obra está direcionada ao inventário extrajudicial e a sua contribuição na viabilização do acesso à justiça em virtude da possibilidade de desjudicialização do processo e a questão da função social envolvida nesta modalidade de inventário. Na via extrajudicial, há a participação do Tabelião de Cartório de Notas. Sendo esta uma possibilidade surgida com a Lei Nº 11. 441/2007, e regulamentada nos parágrafos do artigo 610 do Novo Código de Processo Civil desburocratizando todo o processo de inventário.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Cartório de Notas; Desjudicialização; Herança; Inventário; Inventário extrajudicial.

**EXTRAJUDICIAL INVENTORY:
dejudicialization and access to justice**

ABSTRACT

Inventory is a possible legal institute, given the opening of the succession that occurs with the death of the author of the inheritance. It is a fundamental step in the procedure aimed at the final definition of the sharing of the property of *cujus*. In the inventory will be listed and evaluated the assets of the mount, cited or qualified the heirs, paid debts recognized, collated the assets donated in life by the deceased, and calculated the tax due for transmission. Once the succession is opened, the inventory and sharing process shall be initiated within 02 months, as provided for in Article 611 of CPC / 2015. In the event of succession opening, the most convenient and appropriate means of conducting the inventory should be considered, assessing the possibilities of the administrative or judicial route. The present work is directed to the extrajudicial inventory and its contribution in the viability of the access to justice due to the possibility of unfairness of

¹ Graduada do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas.

the process and the question of the social function involved in this modality of inventory. In the extrajudicial way, there is the participation of the Notary Public Notary. This being a possibility that arose with Law No. 11. 441/2007, and regulated in the paragraphs of article 610 of the New Code of Civil Procedure, reducing the entire inventory process.

Keywords: Access to justice; Notary's Office; Dejudicialization; Heritage; Inventory; Extrajudicial Inventory.

INTRODUÇÃO

Este artigo trata das peculiaridades do inventário extrajudicial, além dos requisitos e das possibilidades trazidas com o advento da Lei 11.441/2007, delineando a praticidade, celeridade e simplicidade alcançadas em comparação aos mesmos trâmites ocorridos pela via judicial, visando elaborar, primordialmente, um estudo acerca dos aspectos legais e doutrinários do procedimento no âmbito administrativo abordando a desjudicialização e o acesso à justiça, descrevendo o caminho a ser percorrido em tal procedimento, após a abertura da sucessão.

A justiça brasileira não ostenta fama por sua agilidade, contudo a busca por uma justiça mais eficiente e célere tem trazido ao ordenamento jurídico alterações que possibilitam soluções extrajudiciais de certas questões, tal como o inventário extrajudicial.

O mais comum e mais conhecido é o inventário judicial, que como o nome já diz, é feito judicialmente com a presença de um juiz e, por vezes, do Ministério Público (DUARTE, 2018).

O mais longo e volumoso processo de inventário judicial no Brasil durou 107 anos, tratando-se do espólio deixado pelo Comendador Domingos Faustino Correa, tendo sido judicializado em 1874 (ANOREG, 2006).

No Brasil, o processo de inventário poderá ocorrer na via judicial ou na extrajudicial. Segundo o Art. 2º da Resolução 35/2007 do CNJ:

É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.

O inventário é o procedimento utilizado para apuração dos bens, direitos e dívidas do falecido. Com a partilha é instrumentalizada a transferência da propriedade dos bens aos herdeiros. A Lei 11.441/07 facilitou a vida do cidadão e desburocratizou o procedimento de inventário ao permitir a realização desse ato em cartório, por meio de

escritura pública, de forma rápida, simples e segura (ANOREG, 2006).

O projeto de Lei nº 155, de 2004, preconizava tornar mais simples e menos onerosos os necessários procedimentos decorrentes da partilha amigável de herança, sem eliminar a possibilidade de que seja feita pelos meios judiciais já previstos em lei, promovendo o acesso à justiça e simplificando os procedimentos relativos ao inventário e partilha amigável, celebrados entre partes capazes, permitindo a realização por escritura pública, dispensada a homologação judicial. Tal projeto de lei posteriormente foi substituído pelo PL 6416/2005, que originou a Lei Ordinária 11.441/2007.

Este tema se mostra relevante no sentido de apresentar como o processo de desjudicialização influenciou no acesso a justiça, visto que viabilizou o procedimento de realização do inventário por via extrajudicial e quais os meios para se valer de tal instituto jurídico.

Rodrigo Neves (2009, p. 371) leciona que:

As modificações trazidas pela Lei nº 11.441/07 têm grande relevância social, diante do real desafogamento do Judiciário, pela utilização do inventário, da partilha, da separação e do divórcio consensuais, que conseguiu, a um só tempo, acelerar os processos judiciais relativos às varas de família e às varas de órfãos e sucessões, bem como solucionar rapidamente aqueles casos que não dependem da apreciação judicial.

O avanço do processo de desjudicialização pode ser apontado como consequência ou reação objetiva ao grave congestionamento da justiça nos tempos atuais. Com efeito, no Brasil, tanto no âmbito da Justiça Estadual, da Justiça Federal, como também da Justiça do Trabalho, o número de processos pendentes, em tramitação, vem crescendo, continuamente, em proporção maior do que a velocidade de conclusão dos processos findos, em todos os graus de jurisdição. (FIGUEIREDO, 2015, p. 02)

Na opinião de Paulo Lôbo, a possibilidade de formalização dos inventários pela via extrajudicial está compreendida no âmbito de um “movimento mundial de acesso à justiça”, com tendência “para a desjudicialização crescente da resolução de conflitos”, e isto na medida em que “a justiça oficial não consegue mais atender às demandas individuais e sociais”. Além da desjudicialização como elemento definidor desse movimento, a transferência para esferas extrajudiciais de atos consensuais de jurisdição voluntária, representa mecanismo voltado à “simplificação, redução e desburocratização dos processos e procedimentos” e que antes dependiam da intervenção e decisão judicial (LÔBO apud FIGUEIREDO, 2015, p. 03).

De acordo com uma publicação da Dra Luciana Gouvêa - Inventários e partilhas: melhor fora do Judiciário – no site da Anoreg/BR, a demora do processo judicial –

atualmente (2018), das demandas iniciadas só 30% é solucionada – essa perda de tempo acarreta a dilapidação do valor do patrimônio, pois os bens acabam sofrendo com o passar do tempo, deterioram e muitas vezes nem servem mais para uso.

1. CONCEITO DE INVENTÁRIO

Inventário, palavra de origem latina, significa, na acepção comum, enumeração ou descrição de algo. É, pois, etapa fundamental do procedimento que visa à decisão final da partilha dos bens do *de cuius*. (CARNEIRO, 2019, p. 20).

De acordo com o dicionário Michaelis, inventário é o processo no qual são enumerados os herdeiros e relacionados os bens de pessoa falecida, a fim de se apurarem os encargos e proceder-se à avaliação e partilha da herança.

2. PRAZO PARA A ABERTURA DO INVENTÁRIO

Para que não haja incidência de multa, o inventário e a partilha, devem ser abertos no prazo de até 60 dias a contar da abertura da sucessão, conforme estabelecido no Art. 983, do Código de Processo Civil:

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

No inventário extrajudicial, o momento da lavratura da escritura de nomeação do inventariante será considerado o termo inicial do procedimento de inventário. Momento este, que dentro do prazo de 60 dias da abertura da sucessão, eximirá os herdeiros das penalidades. Sendo lavrada, posteriormente a escritura definitiva de inventário e partilha.

3. REQUISITOS PARA O INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

De acordo com o texto legal inserido no Novo Código de Processo Civil em seus artigos 610, §1º e §2º e 611, caput, pela Lei 11.441/2007, o inventário extrajudicial tem como principais requisitos:

1. A inexistência de herdeiros menores ou incapazes;
2. A inexistência de testamento deixado pelo de *cuius*;

3. A inexistência de litígio entre os interessados;
4. A assistência de advogado (a).

3.1 Inventário extrajudicial quando existir testamento

Embora o rol de requisitos para o inventário extrajudicial traga restrições no caso da existência de testamento, julgados trazem decisões contrárias, autorizando o inventário por escritura pública mesmo em casos em que o *de cujus* tenha deixado testamento, inclusive a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu por unanimidade que é possível que a existência de testamento não inviabiliza o inventário extrajudicial (RESP 1808767). Para o relator do recurso especial, ministro Luis Felipe Salomão, a partilha extrajudicial é instituto crescente e tendência mundial. Segundo ele, no Brasil, a Lei 11.441/2007, seguindo a linha de desjudicialização, autorizou a realização de alguns atos de jurisdição voluntária pela via administrativa. Afirmando ainda que:

De uma leitura sistemática do caput e do parágrafo 1º do artigo 610 do CPC/2015, penso ser possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogados, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou se tenha a expressa autorização do juízo competente.

Para o ministro, a legislação atual fomenta a utilização de procedimentos que incentivem a redução de burocracia e formalidades quando se trata de atos de transmissão hereditária. Segundo ele, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os artigos 3º, 4º e 8º do CPC são claros ao explicitar que os fins sociais do inventário extrajudicial são a redução de formalidades e burocracia, com o incremento do número de procedimentos e de solução de controvérsias por meios alternativos. "Dentro desse contexto, havendo a morte, estando todos os seus herdeiros e interessados, maiores, capazes, de pleno e comum acordo quanto à destinação e à partilha de bens, não haverá a necessidade de judicialização do inventário, podendo a partilha ser definida e formalizada conforme a livre vontade das partes no âmbito extrajudicial", observa.

Para Salomão, o processo deve ser um meio, e não um entrave à realização do direito: "Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em se proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, se socorram da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça".

A justificativa da proposta do PL 4725/2004, sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro, com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa, previa a possibilidade de realização de inventário e partilha por escritura pública, nos casos em que somente existam interessados capazes e concordes. Não fazendo menção aos casos em que houvesse testamento (CAMARA LEGISLATIVA, 2004).

O Projeto de Lei 8655/2017 propunha as seguintes alterações ao art. 610 do Código de Processo Civil, para permitir o inventário extrajudicial quando houver testamento:

Art. 610. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha ou adjudicação de bens poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras, ainda que haja testamento, desde que registrado judicialmente.” (NR)

Segundo Flávio Tartuce:

Os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, o fim social da Lei n. 11.441/07 foi a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete.

De acordo com matéria publicada pela Corregedoria Nacional de Justiça do Rio de Janeiro o Testamento poderá ser cumprido em cartórios se não houver desavença entre herdeiros.

Se todos os interessados forem maiores de idade, lúcidos e não discordarem entre si, o inventário e a partilha de bens poderão ser feitos por escritura pública, em cartório extrajudicial, mediante acordo, se isso for autorizado pelo juiz da Vara de Órfãos e Sucessões, onde o testamento foi aberto. Esse procedimento tornará mais rápido o cumprimento do testamento e desafogará o Judiciário, que ficará apenas com aqueles em que haja desavenças entre herdeiros.

O provimento originou-se a partir de estudos de viabilidade para a adequação das normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao enunciado 77 aprovado pelo Conselho da Justiça Federal na “I Jornada Prevenção e Solução

Extrajudicial de Litígios”, realizada em agosto do ano passado, em Brasília. O entendimento que nele se consolidou já se fazia presente tanto no enunciado 600 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Instituto Brasileiro de Direito da Família, ambos de 2015:

“Enunciado 600: Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflitos de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.”

“Enunciado 16: Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflitos de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.”

Através do Provimento nº 21/2017, o artigo 297 da Consolidação Normativa do Estado do Rio de Janeiro passa a ter a seguinte redação:

Art. 297. A escritura pública de inventário e partilha conterà a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito, além da menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei.

§ 1. Diante da expressa autorização do juízo sucessório competente nos autos da apresentação e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro.

§ 2. Será permitida a lavratura de escritura de inventário e partilha nos casos de testamento revogado ou caduco, ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento.

§ 3. Nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, o Tabelião solicitará, previamente, a certidão do testamento e, constatada a existência de disposição reconhecendo filho ou qualquer outra declaração irrevogável, a lavratura de escritura pública de inventário e partilha ficará vedada e o inventário deverá ser feito judicialmente.

§ 4. Sempre que o Tabelião tiver dúvida a respeito do cabimento da escritura de inventário e partilha, nas situações que estiverem sob seu exame, deverá suscitá-la ao Juízo competente em matéria de registros públicos.

Neste sentido perfeitamente possível a realização de inventário extrajudicial, apesar do texto legal, por escritura pública no Cartório de Notas, mesmo quando o de *cujus* houver deixado testamento.

4. LEGITIMIDADE PARA REQUERER O INVENTÁRIO

O pedido de abertura do inventário deverá ser requerido por quem tenha legitimidade para tanto e, obrigatoriamente, instruído com a certidão de óbito do autor

da herança. Sendo uma obrigação legal da pessoa que estiver de posse e administração dos bens do espólio requerer a abertura do processo de inventário e partilha no prazo de trinta dias, contados do óbito, conforme descrito no Art. 615, CPC, 2015. Contudo, todas as pessoas indicadas no Art. 616, CC têm legitimidade concorrente para requerer a abertura do inventário, quais sejam:

I - o cônjuge ou companheiro supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamenteiro;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

VIII - a Fazenda Pública, quando tiver interesse;

IX - o administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite.

Sendo irrelevante o fato de estarem ou não na posse ou administração dos bens do espólio.

5. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAR O INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Para realizar a lavratura da escritura de inventário são necessários os seguintes documentos:

a) Comprovante de pagamento do Imposto de transmissão de bens imóveis ITBI e ITCD, quanto houver doação ou transmissão translativa;

b) Certidões negativas de tributos em nome do Espólio (Municipal, Estadual e Federal);

c) Certidão de óbito do autor da herança;

d) Documento de Identidade Oficial e CPF dos interessados e do autor da herança;

e) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados (atualizada até 90 dias), assim como do pacto antenupcial registrado, se houver;

f) Informações sobre bens, dívidas e obrigações e descrição da partilha;

g) Imóveis urbanos: certidão de ônus expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis das Comarcas onde estiverem localizados os bens (atualizada até 30 dias), carnê de IPTU, certidão negativa de tributos municipais incidentes sobre imóveis, declaração de quitação de débitos condominiais; Imóveis rurais: certidão de ônus expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis das Comarcas onde estiverem localizados os bens (atualizada até 30 dias), cópia autenticada da declaração de ITR dos últimos 5 (cinco) anos ou Certidão Negativa de Débitos de Imóvel Rural emitida pela Secretaria da Receita Federal – Ministério da Fazenda, Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) expedido pelo INCRA;

h) documentos comprobatórios dos bens móveis, direitos e ações, inclusive de cotas em empresas e aqueles trazidos à colação pelos herdeiros, documento de veículos, extratos bancários, certidão da junta comercial ou do cartório de registro civil de pessoas jurídicas, notas fiscais de bens e joias, etc.

i) certidão negativa da inexistência de testamento, onde houver Cartório específico de registro, o que poderá ser suprido por declaração das partes no corpo da Escritura;

j) procuração com poderes específicos para os interessados que não puderem comparecer pessoalmente ao ato notarial;

k) as partes deverão constituir um Advogado que deverá comparecer ao ato notarial, podendo ser um só para todos, ou cada interessado apresentar seu Advogado; a procuração da parte presente ao ato notarial poderá ser feita *apud acta*, isto é, no corpo da Escritura; esse (s) Advogado (s) deverá entregar ao Tabelião uma cópia de sua Carteira de Identidade fornecida pela OAB;

m) Indicação do Inventariante.

6. LOCAL PARA REALIZAÇÃO DA ESCRITURA PÚBLICA DO INVENTÁRIO

A Lei nº 11.441/2007 foi silente quanto à regra para a escolha do local de processamento do inventário administrativo, diferente da Resolução nº 35/2007, do Conselho Nacional de Justiça, que, expressamente, afastou as regras de competência do Código de Processo Civil: “Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de

competência do Código de Processo Civil”.

Portanto, os interessados ficam livres para procederem ao inventário extrajudicial onde acreditarem melhor, ainda que outro seja o local do falecimento ou dos bens, respeitadas apenas as regras de recolhimento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e doação (ITCMD). Caso ocorra a descoberta de outro bem do falecido, mesmo após a lavratura da escritura pública, poderá ser admitida a sobrepartilha. (BONICENHA, 2014).

7. DESJUDICIALIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

No processo democrático, o acesso à justiça desempenha um relevante papel ao habilitar o cidadão a proteger seus interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica dos conflitos. É inegável que muitas pessoas de reduzida condição econômica enfrentam limitações pela desinformação sobre direitos e formas de acessar os órgãos responsáveis para regularizar suas situações jurídicas. (TARTUCE, 2016).

Além dos obstáculos econômicos, as barreiras culturais da população menos favorecida constituem o óbice de mais árdua transposição, superando até mesmo as dificuldades financeiras; afinal, elas não apenas impedem o necessitado de conhecer seus direitos e os meios para assegurá-los, mas, também, inúmeras vezes, são a própria causa de seus problemas jurídicos (MARCACINI apud TARTUCE, 2016).

Se o pobre no Brasil enfrenta significativa gama de dificuldades em suas relações jurídicas (interpessoais e em juízo), para regularizar sua situação nos cartórios, infelizmente tal perversa ocorrência pode se repetir se a gratuidade não lhe for efetivamente assegurada. A Constituição Federal de 1988, prevê em seu Art. 5º, LXXIV entre as garantias fundamentais, que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (TARTUCE, 2016).

A redação do dispositivo constitucional aponta, a partir da noção de integralidade, ser necessário disponibilizar aos desfavorecidos economicamente não só a via judicial, mas também outros meios jurídicos que se revelem necessários para o acesso à ordem jurídica justa. Tal comando constitucional, nunca é demais lembrar, consubstancia garantia fundamental. Assim, constitui seu cerne que o pobre faça jus a toda e qualquer ferramenta necessária à regularização de sua situação jurídica. (TARTUCE, 2016)

A "justiça gratuita", como ensina Marcacini, "compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não", abrangendo não só custas relativas aos atos processuais, mas também "todas as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual" (MARCACINI apud TARTUCE, 2016).

A Lei nº 11.441/07 inovou ao integrar a via extrajudicial ao Código de Processo Civil, contudo descreveu a gratuidade apenas no contexto da dissolução de sociedade ou do casamento. Neste sentido o Conselho Nacional de Justiça no intuito de pacificar a questão emitiu a Resolução nº 35/07 e fez constar, no art. 6º, que a gratuidade compreendia as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais, atendendo ao comando constitucional de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Dispõe o Art. 98, CPC/2015:

A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

O requerente pobre, pode, por si ou seu procurador, declarar sua pobreza nos termos da Lei nº 7.115/83 para ter reconhecida a gratuidade junto aos Tabelionatos de Notas. Devendo bastar a declaração do requerente, sendo desnecessário que prove a insuficiência de recursos financeiros para fazer jus à gratuidade. Como bem pondera Tartuce (2016) ao mencionar Cristiano Chaves de Farias:

(...) não é demais realçar que negativas absolutas como esta (a impossibilidade de pagar as despesas cartorárias sem privar a si ou a sua

família do que é necessário para manter-se dignamente) são impossíveis de serem provadas. Concretamente, seria possível provar o estado de riqueza, mas jamais seria possível provar o estado de pobreza. Nessa linha de intelecção, infere-se, com tranquilidade, que bastará a alegação (das partes ou de seu advogado) de falta de recursos financeiros para que as partes obtenham a gratuidade cartorária, não sendo possível ao tabelião exigir prova do fato.

Caso o tabelião se negue a lavrar a escritura em virtude da suposta falta de prova sobre a pobreza, aponta o autor três possíveis atitudes: a) impetração de mandado de segurança; b) manejo de procedimento administrativo de dúvida (dúvida inversa - que, admitida na jurisprudência, é promovida pelo particular interessado no registro, exortando o juiz a retificar eventual exigência indevida feita pelo tabelião ou oficial do registro); c) reclamação funcional à Corregedoria- Geral da Justiça, para a adoção de providências administrativas, relativas ao servidor, e o pronto restabelecimento da ordem jurídica (FARIAS apud TARTUCE, 2016).

A impetração do *mandamus* é medida judicial de rigor caso negado o comando legal sobre a gratuidade e o mandamento constitucional sobre a assistência jurídica integral, visto que a resistência viola direito líquido e certo do hipossuficiente de acessar os mecanismos aptos à regularização de sua situação jurídica (TARTUCE, 2016).

As Serventias extrajudiciais exercem grande função social no tocante à desburocratização e à desjudicialização, cada dia mais em pauta. Vivemos um período de intensa mudança no ordenamento jurídico e, nesse atual movimento de desjudicialização, as serventias extrajudiciais estão recebendo grande prestígio. Desta forma, verificou-se que, diante do judiciário totalmente abarrotado e da morosidade da justiça cada dia ganhando mais destaque como óbice à efetivação do acesso à justiça, a função social das Serventias extrajudiciais no tocante à desjudicialização torna o acesso à justiça plural, trazendo celeridade e segurança jurídica a procedimentos que tinham a natureza essencialmente judicial, com esse deslocamento de competência o legislador “socorreu” o Judiciário e prestigiou a serventias extrajudiciais, demonstrando o local adequado para a promoção da extrajudicialização/desjudicialização (CÉSAR, 2019).

De acordo com a tabeliã Laura Vissotto, diretora do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo (CNB/SP): “foram mais de 2 milhões de atos praticados desde que separações, divórcios, inventários e partilhas passaram a ser feitos por notários no Brasil” (ANOREG, 2019).

8. TRÂMITES DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

a) Definição da Assistência Jurídica

É importante na contratação do advogado, que este seja de confiança e com referências e que preferencialmente seja especialista em Direito de Sucessões/ Família.

b) Nomeação do Inventariante

A lavratura da escritura pública autônoma de nomeação de inventariante pode assemelhar-se ao ato de instauração do inventário judicial.

c) Verificação da Existência de Testamento

Independentemente do tipo de inventário (judicial ou extrajudicial) é essencial à verificação da existência de testamento, para que seja possível proceder adequadamente.

d) Apuração de Patrimônio

Fazer o levantamento de todo patrimônio da pessoa falecida, incluindo seus direitos, bens e dívidas.

e) Definição de Sede Cartorária

Em sede extrajudicial, é importante escolher o cartório que irá lavrar a escritura pública do inventário e verificar os valores e as taxas necessárias para o procedimento.

f) Quitação das Dívidas

Conforme dito anteriormente, há que se fazer a apuração das dívidas para que estas também sejam inventariadas. Sendo recomendável a negociação junto aos credores, definindo preços e prazos de pagamento, havendo assim demonstração de boa fé e idoneidade por parte dos herdeiros.

g) Definição da Partilha de Bens

Deverá ser elaborado um planejamento sucessório para que sejam divididos os bens entre os beneficiários e para que ao final seja encaminhado o plano de partilha ao escrivão.

h) Quitação dos Impostos

Após a homologação da partilha de bens ou a liberação da minuta de escritura pela autoridade competente, é preciso declarar o ITCMD à Secretaria da Fazenda do seu Estado, que emitirá o boleto de pagamento do imposto para cada um dos herdeiros. A declaração enviada deve indicar todos os bens, os valores individuais e o plano de partilha realizado pelo advogado.

i) Parecer da Procuradoria da Fazenda

Com a declaração do ITCMD e o recolhimento dos impostos devidos, basta

aguardar a resposta da Procuradoria da Fazenda, que emitirá uma autorização para a divisão patrimonial ou a lavratura da escritura, autorizando o prosseguimento do inventário.

9. FINALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COM EMISSÃO DA ESCRITURA PÚBLICA

Após a concordância da Procuradoria da Fazenda, será emitida a Escritura Pública (para os casos extrajudiciais), encerrando o processo de inventário. Com toda a situação formalizada, cada beneficiário poderá regularizar a situação dos bens a ele destinados, a título de herança, passando-os para o seu nome, e recebendo valores em dinheiro que, porventura, lhes assistam.

CONCLUSÃO

O inventário extrajudicial surgiu como uma alternativa mais viável, prática e célere de inventário, por meio da Lei 11.441/2007, modificando o Código de Processo Civil e possibilitando a sua realização diretamente nos cartórios com a participação efetiva do Tabelião cartorário, desde que preenchidos os requisitos necessários para que se possa fazer uso de tal instituto jurídico. Aberta a sucessão surge a necessidade de se realizar o inventário do autor da herança, de modo que estando preenchidos os requisitos dispostos em lei, pode-se realizar o inventário extrajudicial evitando a burocracia e a morosidade imposta pela via judicial. O entendimento que vem sendo consagrado é o de que o caput do artigo 610 do CPC/15 deve ser conjugado com seu parágrafo único: a existência de testamento não afasta a possibilidade de realização de inventário extrajudicial, na hipótese em que as partes forem maiores e capazes e houver concordância entre elas.

A supressão das previsões sobre gratuidade no texto do Novo CPC não deve ter o condão de obstar a realização gratuita de inventário extrajudicial pelos necessitados. A declaração de pobreza pode ser firmada pelo próprio requerente ou por bastante procurador nos termos na Lei nº 7.115/83, constando no atestado sua responsabilidade civil, penal e administrativa por eventual falsidade.

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro é pródigo em normas que preveem às pessoas carentes amplos meios para a regularização de suas situações

jurídicas. Os operadores do direito devem abrir os olhos a tal desejo do ordenamento e conscientizar-se de que o acesso à justiça demanda a concretização das garantias normativas à luz da realidade social (para a qual se deve estar sensível). Criar óbices ilegítimos ao acesso à ordem jurídica justa (em contraposição expressa à Constituição) enseja ainda mais barreiras às muitas que já acometem, natural e infelizmente, a população pobre, negando-lhe (uma vez mais!) o que o ordenamento previu em seu favor (TARTUCE, 2016).

Para atender a nova perspectiva de acesso à justiça, o sistema jurídico deve garantir de forma efetiva e não apenas proclamada, que o sistema jurídico seja acessível a todos de forma ampla, irrestrita e igualitária e com produção de resultados justos, atendendo assim a uma função social, inclusive.

REFERÊNCIAS

ANOREG, Associação dos Notários e Registradores do Brasil. **Inventário Extrajudicial**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/inventario-extrajudicial/>>. Acesso em: 05 set 2019.

ANOREG, Associação dos Notários e Registradores do Brasil. **Inventário mais longo do país agora é material de pesquisa chega ao fim**. 2006. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/2006/06/06/imported_6430/. Acesso em: 22 maio 2019.

BONICENHA, Dayana Carina. **Inventário e Partilha Extrajudicial**. 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8700/Inventario-e-partilha-extrajudicial>. Acesso em: 30 set 2019.

CÂMARA LEGISLATIVA. **PL 4725/2004**. 2004. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=47C05A771706343DB772F0B359516BF.proposicoesWebExterno2?codteor=260584&filena me=PL+4725/2004. Acesso em: 30 set 2019.

CÂMARA LEGISLATIVA. **PL 8655/2017**. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=143422D1880DF0840286F6F9A8B9C0F.proposicoesWebExterno1?codteor=1600317&filename=PL+8655/2017. Acesso em 30 set 2019.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e Partilha: Judicial e Extrajudicial**. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CÉSAR, Gustavo Sousa. **A Função Social das Serventias Extrajudiciais e a Desjudicialização**. Agosto, 2019. Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTgzNDQ=&filtro=&Data=>. Acesso em 25

Out, 2019.

CHC, Advocacia. **Um Panorama Sobre o Processo de Inventário**. Abril, 2018. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/processo-de-inventario/>. Acesso em 28 Out 2019.

CNBSP, Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. **Desjudicialização é Foco de Apresentação Extrajudicial do Brasil em Evento nos Estados Unidos**. Abril, 2019. Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTc3Njg=&filtro=1&Data=>. Acesso em: 28 Out 2019.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **LEI 13.105**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 05 set 2019.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Testamento poderá ser cumprido em cartórios se não houver desavença entre herdeiros**. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/1017893/5210584>. Acesso em: 30 set 2019.

DUARTE, Jéssica. **Inventário judicial e extrajudicial: qual escolher?** 2018. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/06/28/artigo-inventario-judicial-e-inventario-extra-judicial-qual-escolher-por-jessica-rodrigues-duarte/>. Acesso em: 03 Out 2019.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Inventário extrajudicial na sucessão testamentária: possibilidade, legalidade, alcance e eficácia**. 2015. Disponível em: <http://www.ivanildofigueiredo.com.br/pessoal/artigos/inventario-extrajudicial-na-sucessao-testamentaria-possibilidade-legalidade-alcance-e-eficacia/NjU=>. Acesso em: 30 set 2019.

LEI nº 11.441. **Inventário, partilha, separação e divórcio consensual por via administrativa**. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm. Acesso em: 03 mar 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil, Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUNDO NOTORIAL. **Inventário Extrajudicial – nomeação de inventariante – ITCMD – multa de 10%**. Fevereiro, 2019. Disponível em: <http://mundonotarial.org/blog/?p=3270>. Acesso em: 28 Out 2019.

NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de Direito das Sucessões: de acordo com a Lei nº 11.441/07**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

SENADO FEDERAL. **PL do Senado nº 155, de 2004**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2992635&ts=1567532572136&disposition=inline>. Acesso em: 14 out 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Para Quarta Turma, existência de testamento não inviabiliza inventário extrajudicial**. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quarta-Turma-->

existencia-de-testamento-nao-inviabiliza-inventario-extrajudicial.aspx. Acesso em: 22 out 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Gratuidade em inventários extrajudiciais**. 2016. Disponível em:

http://www.lex.com.br/doutrina_27182690_GRATUIDADE_EM_INVENTARIOS_EXTRAJUDICIAIS.aspx. Acesso em: 30 set 2019.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015, p. 483. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=143422D1C880DF0840286F6F9A8B9C0F.proposicoesWebExterno1?codteor=1600317&filename=PL+8655/2017. Acesso em: 30 set 2019.

**O PROCEDIMENTO DA USUCAPIÃO PELA VIA
EXTRAJUDICIAL, SOBRE ANÁLISE DO PROVIMENTO N°
65/2017 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Letícia de Carvalho Valério¹

RESUMO

O artigo científico em apreço tem por objeto o estudo dos procedimentos necessários à usucapião extrajudicial, como via de acesso a justiça, pelo processo da desjudicialização do processo bem como a celeridade que possui a via administrativa com foi abordado a natureza jurídica desse procedimento, a luz das diretrizes estabelecidas pelo provimento 65 de Dezembro de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, a partir do método dedutivo, como base de pesquisa doutrinária, trata se primeiramente uma análise do cabimento da documentação necessário e as etapas existentes no procedimento processado diretamente no Registro de Imóveis, sendo o objetivo final do trabalho é discutir alguns pontos levantados no seu procedimento por serem controvertidos e até polêmicos com as diretrizes trazidas do Provimento 65/ 2017 do Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chave: Usucapião. Usucapião Extrajudicial. Lei n. 13.105/2015. Provimento 65/2017 do CNJ. procedimento. Pontos controvertidos.

**THE EXTRAJUDICIAL USUCAPTION PROCEDURE ON THE ANALYSIS OF
PROVISION NO 65/2017 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE**

ABSTRACT

The scientific article under study has as its object the study of the necessary extrajudicial usucaption procedures, as a way of access to justice, by the process of unfairness of the process as well as the speed that has the administrative way as it was approached the legal nature of this procedure, in the light of the The guidelines established by the 65th of December 2017 provision of the National Council of Justice, based on the deductive method, as a basis for doctrinal research, are primarily an analysis of the adequacy of the necessary documentation and the existing steps in the procedure directly processed in the Real Estate Registry. Being the final objective of the paper is to discuss some points raised in its procedure for being controversial and even controversial with the guidelines brought from Provision 65/2017 of the National Council of Justice.

Keywords: Usucapion. Extrajudicial adverse possession. Law no. 13,105 / 2015. CNJ Provision 65/2017. procedure. Controversial points.

¹ Graduada do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o procedimento da usucapião extrajudicial, como um novo procedimento de reconhecimento e propriedade, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, pela Lei n.º 13.105/2015, estabelecido no artigo 1.071, o procedimento de usucapião extrajudicial acrescentou o artigo 216 A à Lei de Registros Públicos n.º 6.015/73, com diretrizes estabelecidas para o procedimento através do Provimento n.º 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tema que possui relevância social e jurídica, através do qual há a desnecessidade da intervenção jurisdicional, sendo admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apontando para uma celeridade e efetividade do processo por meio da desjudicialização.

A usucapião extrajudicial não se trata de uma nova aquisição de propriedade, nem mesmo de uma nova espécie mas um novo processamento de qualquer uma das espécies prevista em nosso ordenamento jurídico, no entanto com essa mudança ainda existem dúvidas a respeito desse novo procedimento este trabalho busca abordar a partir do provimento do Conselho Nacional de Justiça 65/2017.

Para tanto, o trabalho terá abordagem qualitativa, modo caracterizado por não analisar números, e sim questões relacionadas ao aprofundamento do assunto escolhido e de como ele é compreendido pelas pessoas, precisamente com uma análise geral do tema por procedimentos doutrinários, artigos, jurisprudência e legislação.

Assim, na primeira parte, serão apresentadas espécies de usucapião prevista no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus requisitos necessários, modalidades estas que deveram ser julgadas e estabelecidas dentro do procedimento da usucapião pela via extrajudicial.

Na segunda parte, será feita uma análise da usucapião extrajudicial como medida que atende a desjudicialização, e por seguinte já tratando natureza jurídica com principal e efeito é a transferência da propriedade do imóvel e os direitos reais ao possuidor, e após a sentença por meio do Oficial do Cartório Registrador.

A partir da quarta parte em diante far-se-á uma apresentação as diretrizes a luz do provimento 65/2017, bem como alguns aspectos que na pratica do procedimento merece atenção para a total efetividade do procedimento extrajudicial de usucapião mesmo com a edição do Provimento n.º 65/2017 do CNJ.

1. USUCAPIÃO E SEUS FUNDAMENTOS

A usucapião é o direito que o indivíduo adquire propriedade, em relação a posse exercida sobre um bem imóvel ou móvel, em decorrência da utilização do bem por determinado tempo, sem interrupção, no caso do bem imóvel público não poderá ser adquirido através da usucapião, deve ser considerado modalidade originária de aquisição, porque o usucapiente constitui direito à parte, independentemente de qualquer relação jurídica com anterior proprietário.

O Código Civil de 2002, trouxe requisitos necessários a serem preenchidos pelo possuidor que almeja o reconhecimento do seu direito por meio da Ação de Usucapião qual seja, a posse como se dono fosse (*animus domini*), isto é agir com intenção de dono; posse mansa e pacífica, exercida sem qualquer manifestação contrária de quem tinha legítimo interesse; posse contínua e duradoura e com determinado lapso temporal (prescrição aquisitiva); posse justa, aquela que não tem vícios como violência, clandestinidade ou precariedade e por último a posse de boa fé.

Outrossim, existem diversas modalidades de usucapião prevista no Código Civil nos artigos 1.238 e seguintes a saber a usucapião ordinária, que apresenta os seguintes requisitos: a posse de dez anos, exercida com animo de dono, de forma contínua; posse mansa e pacífica; além do justo título e de boa fé, a usucapião extraordinária essa modalidade também requer posse mansa e pacífica, que seja exercida como se dono fosse de forma contínua com um diferencial em relação a modalidade ordinária é que a posse deverá ser exercida por quinze anos e dispensa justo título e a boa fé.

Além das espécies mencionadas, o nosso ordenamento prevê ainda a usucapião especial, também chamado de constitucional, por ter sido introduzido pela Constituição Federal sob duas formas: usucapião especial rural e usucapião especial urbana, assim quanto aos seus requisitos a usucapião especial rural tem o intuito atender a zona rural, sua área não pode ser superior a 50 hectares; a posse deve ser exercida por cinco anos ininterruptos: não podendo ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano, tendo por produção a família e o trabalho.

Logo a usucapião especial urbana, atende a função social da propriedade na área urbana, sem oposição, também atendendo a moradia de sua família e não possuir outro imóvel rural ou urbano, e quanto ao justo título as duas modalidades especiais apresentadas não há previsão de justo título e a boa fé.

Ainda no estudo sobre as modalidades, tem a usucapião urbano coletiva, conforme a Lei nº 10.257/2001, é destinado às áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda e para sua moradia, pelo prazo de cinco anos, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

Em fim a última espécie aqui abordada a usucapião familiar, modalidade esse que tem a intenção de proteger a família assim como as especiais, mais especificadamente ao companheiro que é abandonado que fica responsável pela manutenção familiar e tem como requisitos exercer a posse por 02 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o cônjuge que permaneceu no lar, utilize para sua moradia ou de sua família e não sendo proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

2. A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEDIDA DE DESJUDICIALIZAÇÃO

O legislador previu diversas modalidades de usucapião, mas muito embora se trate de um direito assegurado formalmente, não significa que seja fácil sua implementação que até pouco tempo ficava adstrita a um procedimento exclusivamente judicial com altos custos, pouca dinamicidade e longa duração com o Código de Processo Civil de 2015, atento a uma nova tendência de desjudicialização foi prevista a possibilidade da usucapião extrajudicial.

Tal morosidade ou lentidão na prestação jurisdicional do Poder Judiciário, leva uma certa descrença por parte da sociedade no que diz respeito ao acesso a justiça, ate por fundamento do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, advindo da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que apresenta a importância dentro do âmbito judicial e administrativo, quanto a razoável duração do processo assim também garantir com todos meios a celeridade da tramitação.

Nesse contexto, é corriqueiro perceber que o Judiciário, os lides se prologam por longos períodos, sem resolução não atentando também para a celeridade e economia do processo, desta forma no que se pode chamar de cultura dos litígios segundo dados do divulgado no jornal O Globo sobre o relatório do Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2016, o estoque de processos sem decisão na Justiça continua crescendo. Em 2015, eram cerca de 76,9 milhões, alcançando a faixa de 79,7 milhões em 2016, refletindo

assim, num aumento de 3,6%. No mesmo sentido, a taxa de congestionamento continua alta: 73%, ou seja, apenas 27% dos processos existentes foram solucionados. Somente no ano de 2016, foram ajuizadas 29,4 milhões de ações judiciais.

Diante dos motivos expostos a alternativa extrajudicial, por meio da desjudicialização como uma alternativa de acesso à justiça vem se tornando cada vez mais necessário como informa o artigo a seguir:

O sistema de resolução de conflitos, tal qual atualmente encontra se falido, sendo imperiosa a necessidade de se encontrar soluções alternativas, Sugere se, neste passo, a busca pela alternativa extrajudicial (OLIVEIRA, 2011, p. 129)

Com o Novo Código de Processo Civil, advindo da Lei nº 13 105 de 2015, abrangendo assim os princípios constitucionais ao processo, na igualdade, celeridade, duração razoável, criando como alternativa as vias extrajudiciais a fim de otimizar a prestação da tutela jurisdicional, trouxe uma alternativa pela via extrajudicial o procedimento da usucapião, na ideia da desjudicialização do procedimento de aquisição da propriedade, o art. 1.071 do novo Código de Processo Civil, que incluiu o art. 216-A à Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73, reconhecendo o pedido da usucapião extrajudicial, traz no caput

Art 216 A “Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: [...]

3. NATUREZA JURÍDICA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

De início, o procedimento de usucapião extrajudicial, é um processo de natureza administrativa, e não jurisdicional logo não se trata de uma nova modalidade de usucapião mas sim de um procedimento administrativo, logo quanto a sua nomenclatura admite se por via administrativa ou extrajudicial, entretanto é cabível uma revisão pelo Poder Judiciário.

O processo da usucapião extrajudicial será administrativo- financeira, exercido diretamente no Cartório de Registro de Imóveis pelo Oficial do Cartório autoridade administrativa, juntamente com o Tabelião de Notas e o advogado, assim evidenciando mais o instrumento da desjudicialização.

É essencial ressaltar que a usucapião extrajudicial se dá para qualquer direito real

suscetível do exercício da posse *ad usucapionem*, e não apenas no que diz respeito à aquisição da propriedade, todas as coisas imóveis podem ser objetos de usucapião extrajudicial, ou seja, somente objetos de direitos reais imobiliários, exceto os que estão excluídos, por sua natureza ou disposição.

Sendo o principal efeito do procedimento em estudo é a transferência da propriedade do imóvel e os direitos reais ao possuidor, e após a sentença por meio do Oficial do Cartório Registrador, assim o indivíduo que antes era apenas possuidor passa a ter propriedade, assim o procedimento da usucapião pela via extrajudicial trazida pelo Novo Código de Processo Civil que acrescentou o artigo 216 A a Lei de Registros Públicos Lei n. 6.015/73, na contudo ficaram lacunas e incertezas quanto a prática notarial do procedimento, que foram explicadas somente em dezembro de 2017, por meio do Provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça, que as regularizou por diretrizes a respeito do procedimento pela via administrativa.

Por conseguinte que nos tópicos que seguem, esse artigo irá analisar o citado provimento, com enfoque nos documentos necessários para a realização da usucapião pela via extrajudicial.

Em Dezembro de 2017 o provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça veio com o objetivo de solucionar diversos problemas já identificados na usucapião extrajudicial alterando a redação de parágrafos e incisos do artigo 2016 A da Lei de Registros Públicos, após analisar esse provimento no que diz respeito ao procedimento ficou mais claro do que é exigido para o interessado.

Destacando quanto ao cabimento que o procedimento de usucapião extrajudicial somente se dá em casos onde houver consenso, ou seja não há lide, caso contrário, se fará necessário a via judicial conforme vem descrito no artigo 216 A paragrafo 10

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

Entretanto com o provimento nº 65 do CNJ, no artigo 18 deu ao oficial registrador a possibilidade de mediação e conciliação, nos casos de haver impugnação, sendo assim a mediação infrutífera impedirá o reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial

4. COMPETÊNCIA

É pertinente mencionar que quanto a competência do requerimento deve ser processado no Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária em que está situado o imóvel usucapiendo, ainda que o registro seja em outra circunscrição, ressalte-se que é o Oficial do Registro de Imóveis que analisa, e como já mencionado defere ou rejeita o seu reconhecimento, conforme o entendimento a seguir:

A competência para instaurar o procedimento extrajudicial, verificar o preenchimento dos requisitos legais e analisar o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião é conferida ao cartório de registro de imóveis do local onde estiver situado o bem objeto do pedido. O Registro de Imóveis, ressalte se, já era competente pela transcrição das sentenças declaratórias de usucapião(artigo 168, II, “g”, da Lei nº 6.015/1973). (DONIZETTI, 2016, p. 573)

Assim é possível dizer que o papel do registrador equipara se do juiz, de certo que caberá ao mesmo realizar um juízo do valor registral e assim decidir se houve ou não efetivamente aquisição da propriedade ou os demais direitos reais pela usucapião.

5. PROCEDIMENTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

5.1 Requerimento

O artigo 216-A da Lei n. 6.015/73 não previu muitos requisitos para o requerimento da usucapião extrajudicial, limitando-se apenas a exigir que fosse realizado pelo requerente, “representado por advogado”. Porém o Provimento 65/2017 do CNJ de forma complementar, nos artigos 2º e 3º elencou diversos requisitos ao requerimento:

Art. 2º Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião formulado pelo requerente – representado por advogado ou por defensor público, nos termos do disposto no art. 216-A da LRP –, que será processado diretamente no ofício de registro de imóveis da circunscrição em que estiver localizado o imóvel usucapiendo ou a maior parte dele.

Art. 3º O requerimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião atenderá, no que couber, aos requisitos da petição inicial, estabelecidos pelo art. 319 do Código de Processo Civil – CPC, bem como indicará:

- I – a modalidade de usucapião requerida e sua base legal ou constitucional;
- II– a origem e as características da posse, a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo, com a referência às respectivas datas de ocorrência;
- III– o nome e estado civil de todos os possuidores anteriores cujo tempo de posse foi somado ao do requerente para completar o período aquisitivo;
- IV– o número da matrícula ou transcrição da área onde se encontra inserido o

imóvel usucapiendo ou a informação de que não se encontra matriculado ou transcrito;

V – o valor atribuído ao imóvel usucapiendo;

Logo diante do exposto o requerimento agora além de se fazer representar por um advogado ou defensor público, deverá o requerimento preencher os requisitos da petição inicial estabelecida no artigo 319 do Código de Processo Civil, além do inciso IV do art. 3º do Provimento 65/2017 do CNJ enfatiza também que deverá constar o número em que se encontra registrada Ou transcrita a referida área no Registro de Imóveis, ou, caso não possua matrícula/transcrição pré-existente, que não se encontra matriculada ou transcrita, no § 4º do Provimento 65/2017 do CNJ, trouxe a respeito do cabimento da usucapião extrajudicial por base constitucional no artigo 183, § 3º, não sendo admitido o reconhecimento de usucapião extrajudicial de bens públicos

5.2 Ata Notarial

Para o início do procedimento da usucapião extrajudicial, e tal como para que seja reconhecido o pedido, é indispensável a leitura do inciso I do artigo 2016 A da Lei nº 6.015/73 que foi recentemente revogado pela Lei 13.465/2017, que diz necessário que o requerimento venha acompanhado da “ata notarial”, a pedido da parte interessada

Art 216A [...]

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);(Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017) (grifo nosso)

Desta forma apesar de ser o Cartório o órgão competente para conduzir o procedimento da usucapião extrajudicial, o interessado deverá providenciar a lavratura da ata notarial no Tabelionato de notas que esteja sediado na circunscrição do imóvel assim com participação do tabelião de notas e do registrador de imóveis, vale ressaltar quanto esse procedimento o artigo 60 da Lei nº 11.977/2009, Programa Minha Casa, Minha Vida já tinha previsão a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião por meio do requerimento ao Oficial de registro de imóveis, sendo como novo e diferencial que agora conta com a participação do Tabelião de notas.

O art. 216-A da Lei n. 6.015/73 e os arts. 4º e 5º do Provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceram critérios mais específicos em que o tabelião deverá captar através de seus sentidos, e consignar para atestar a existência da posse *ad*

usucapionem, conforme será visto a seguir.

Art. 4º [...]

I – ata notarial com a qualificação, endereço eletrônico, domicílio e residência do requerente e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver, e do titular do imóvel lançado na matrícula objeto da usucapião que ateste:

- a) a descrição do imóvel conforme consta na matrícula do registro em caso de bem individualizado ou a descrição da área em caso de não individualização, devendo ainda constar as características do imóvel, tais como a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo;
- b) o tempo e as características da posse do requerente e de seus antecessores;
- c) a forma de aquisição da posse do imóvel usucapiendo pela parte requerente;
- d) a modalidade de usucapião pretendida e sua base legal ou constitucional;
- e) o número de imóveis atingidos pela pretensão aquisitiva e a localização: se estão situados em uma ou em mais circunscrições;
- f) o valor do imóvel;
- g) outras informações que o tabelião de notas considere necessárias à instrução do procedimento, tais como depoimentos de testemunhas ou partes confrontantes;

Quanto a qualificação a ata notarial deverá informar a qualificação do usucapiente, do proprietário do imóvel e outros titulares de direitos registrados e averbados na matrícula do imóvel, será necessária a qualificação dos possuidores anteriores cujo tempo de posse foi usado para somar ao do requerente, em caso de aquisição derivada.

São as informações requeridas na ata notarial: se pessoa(s) física(s), consiste no nome completo, nacionalidade, profissão, estado civil (e declaração de união de estável – positiva ou negativa), regime de bens (se casado for) com indicação se antes ou após a vigência da Lei n. 6.515/77 e do número do registro do pacto antenupcial no Registro de Imóveis (quando existir), RG, CPF, domicílio (na ausência de RG, deve-se mencionar a filiação) e endereço eletrônico; com a observação de que a qualificação é de ambos os cônjuges ou companheiros, a descrição será em conformidade com a sua identificação no registro de imóveis competente.

No artigo 4º, alínea “b”, do provimento 65 do CNJ, o tabelião deverá atestar o tempo e as características da posse do requerente assim como dos seus antecessores cabendo ao mesmo apresentar um juízo de valor a respeito do tempo da posse, a lei não esclarece no que consista “atestar” o tempo de posse, ponto de controvérsia a ser estudado e conhecido pelo operador de direito como representante do requerente, para a eficácia do procedimento, pois em sua aplicabilidade pode ser objeto de questionamento pois atestar efetivamente o tempo da posse do requerente que é impossível ao tabelião, pois não lhe basta apenas a declaração do requerente, sendo exigido a ata notarial um juízo de

valor do tabelião tende ser considerado um dos pontos de estudo do provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça, conforme declaração

A existência da posse com animus domini envolve um juízo de valoração, é dizer, o modo dela existir (art. 384 do CPC/2015), norma que se concilia inteiramente com o artigo 216-A, I, da Lei n. 6.015/73, no que se refere à atestação do tempo de posse. O tempo integra o modus, a forma pela qual a posse tem-se desenvolvido. Há, sem dúvida alguma, total interpretação das duas normas. De fato. Nada impede possa o notário emitir juízo de valor diante do resultado das diligências perpetradas [...], nos moldes da ata de notoriedade. (MELLO, 2016, p. 340).

Para compreender melhor sobre o juízo de valor do tabelião, o doutrinador mencionou “os moldes da ata de notoriedade”, conforme doutrina brasileira pode se destacar 03 espécies de ata, sendo ata de presença, de declaração testemunhal, e de notoriedade, fazendo a leitura do artigo 2016 A da Lei nº 6.015/73 e o artigo 4º no inciso I, do provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça, nota se que a ata notarial para fins de usucapião extrajudicial faz jus as três tipos de atas mencionadas os elementos ligados a posse do requerente, pois caberá ao tabelião analisar como prova de posse contas de IPTU, água, luz, telefone, fotografias na casa entre outros, como também a tomada de depoimentos dos confrontantes conforme entende mais uma vez o doutrinador.

Essa atestação poderá ser feita não apenas sob a ótica dos elementos de prova existentes narrados pelo tabelião, mas também conforme aquilo que interpretou, valorando a prova encontrada []. A existência da posse com animus domini envolve um juízo de valoração, é dizer, o modo dela existir. [] De fato. Nada impede possa o notário emitir juízo de valor diante do resultado das diligências perpetradas [...]. (grifo nosso) (MELLO, 2016, p. 340).

A ata notarial da usucapião é um importante instrumento notarial para determinação da posse do interessado, conforme o artigo 5 § 2º, do provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça § 2º Podem constar da ata notarial imagens, documentos, sons gravados em arquivos eletrônicos, além do depoimento de testemunhas, não podendo basear-se apenas em declarações do requerente.

Vale ainda mencionar o § 7º, do respectivo provimento a possibilidade do requerimento ser instruído com mais de uma ata notarial sendo complementar ou escritura públicas, lavradas pelo mesmo ou por diversos notários, ainda que de diferentes municípios, as quais descreverão os fatos conforme sucederem no tempo, valorando seu intuito de prova.

Ata Notarial é dotada de características e finalidades singulares a resultar de todo seu teor no que diz respeito a provas tornara o pedido perante o Oficial de Registro de Imóveis mais célere, no Código de Processo Civil de 2015, no artigo 384 dispõe no capítulo de Provas, na Seção III, a ata notarial como um instrumento de prova e no contexto desse estudo sobre o procedimento da usucapião extrajudicial é de suma relevância ao procedimento da via extrajudicial, embora não jurisdicionada, conta com uma decisão de pessoa terceira a relação, dotada de segurança jurídica e desta forma, ele verificará se foram apresentados todos os documentos necessários para o reconhecimento da usucapião extrajudicial, bem como analisará se estão em conformidade com a legislação pertinente.

No início se faz uma análise formal dos requisitos, devendo ser completa, de modo a averiguar somente a documentação apresentada e se ele tem convicção da posse ad usucapionem diante das provas evidenciadas, elencados no art. 2º, caput e art. 3º do Provimento 65/2017 do CNJ –, se ele fora instruído de todos os demais documentos imprescindíveis, e se esses englobam todos os itens solicitados no art. 216-A da Lei n. 6.015/73 e no provimento nacional.

Se for o caso de necessitar de mais documentos, ou, o Oficial de Registro não esteja convencido da aquisição da propriedade pela posse ad usucapionem, com base nas provas apresentadas, pode formular nota devolutiva fundamentada ao requerente, a fim de que ele possa satisfazer as exigências apontadas, sob pena de arquivamento do procedimento, em virtude da inércia do interessado, não cumpridas as exigências deve ser indeferida a inicial, decisão essa que cabe recurso ao Poder Judiciário.

Diante de vários requisitos que foram trazidos com o provimento objeto desse estudo, como título exemplificativo, é pertinente apresentar uma jurisprudência no TJ/SP, caso na aplicabilidade do procedimento quanto a valoração a da Ata notarial para usucapião extrajudicial bem como o questionamento da impossibilidade jurídica do Tabelião de Notas em declarar a posse do requerente conforme citação :

Ementa:Registro de Imóveis – Usucapião extrajudicial – Necessidade de instrução do requerimento com ata notarial – Art. 216, inciso I, da Lei nº 6.015/73 e art. 4º, inciso I, do Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça – Alegação de incompatibilidade da exigência formulada com a natureza jurídica e a finalidade da ata notarial – Exigência legal e normativa que não pode ser afastada, em procedimento de natureza administrativa, pelos fundamentos apresentados pelo apelante – Dúvida julgada procedente

– Recurso não provido. (TJ-SP - APL: 10028870420188260100 SP 1002887-04.2018.8.26.0100, Relator: Pinheiro Franco (Corregedor Geral), Data de Julgamento: 30/10/2018, Conselho Superior de Magistratura, Data de Publicação: 06/11/2018)

No que tange a contribuição mais segura no caminho das demandas desjudicializadas, a ata notarial conforme exposto esbarrou em algumas controvérsias da sua própria interpretação e operacionalidade, no que diz respeito ao requisito de posse ser julgado pelo Tabelião de Notas, e também pelo Oficial de Registro de Imóveis dificultando, assim, o desenvolvimento de um procedimento considerado promissor.

5.2.1 PLANTA E O MEMORIAL DESCRITIVO

A planta e o memorial descritivo, requisito presente no inciso II do artigo 2016 A, da Lei nº 6.015/73, e no artigo 4º do Provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça, que o requerimento necessitará da Planta Memorial Descritivo e Anotação da Responsabilidade Técnica (ART/CREA – Conselho Regional de Engenharia e Agronomia) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT/CAU – Conselho de Arquitetura e Urbanismo), devidamente recolhida

Art. 4º O requerimento será assinado por advogado ou por defensor público constituído pelo requerente e instruído com os seguintes documentos:

II – planta e memorial descritivo assinados por profissional legalmente habilitado e com prova da Anotação da Responsabilidade Técnica – ART ou do Registro de Responsabilidade Técnica – RRT no respectivo conselho de fiscalização profissional e pelos titulares dos direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes ou pelos ocupantes a qualquer título;

Desta forma para o devido requerimento se faz necessário a assinatura dos requerentes, do profissional habilitado o qual se responsabilizará pelo conteúdo dos trabalhos técnicos, através da apresentação da Anotação da Responsabilidade Técnica – ART (quando o responsável tiver cadastro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia) ou do Registro de Responsabilidade Técnica – RRT (quando estiver cadastrado no Conselho de Arquitetura e Urbanismo), dos direitos registrados e averbados na matrícula do imóvel e também dos imóveis confinantes caso não tenha a anuência dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel caberá ao Registrador notifica-los, considerando sua inercia como concordância, como dispõe no

parágrafo 2º do artigo 216 A da Lei n. 6.015/73 combinado com o artigo 10 e parágrafos seguintes do provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça

Art. 10. Se a planta mencionada no inciso II do caput do art. 4º deste provimento não estiver assinada pelos titulares dos direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes ou ocupantes a qualquer título e não for apresentado documento autônomo de anuência expressa, eles serão notificados pelo oficial de registro de imóveis ou por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos para que manifestem consentimento no prazo de quinze dias, considerando-se sua inércia como concordância.

Vale mencionar que existe uma exceção para apresentação da planta e memorial e acontecerá quando o imóvel for proveniente de unidade autônoma de condomínio edilício ou quando o loteamento for regularmente instituído, e que a ata notarial e o requerimento façam menção à descrição constante na matrícula imobiliária, como consta no parágrafo 5, do artigo 4 do provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça.

Destacando quanto ao cabimento que o procedimento de usucapião extrajudicial somente se dá em casos onde houver consenso, ou seja não há lide, caso contrário, se fará necessário a via judicial conforme vem descrito no artigo 216 A parágrafo 10

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

Entretanto, com o provimento nº 65 do CNJ, no artigo 18 deu ao oficial registrador a possibilidade de mediação e conciliação, nos casos de haver impugnação, sendo assim a mediação infrutífera impedirá o reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial.

5.2.2 CERTIDÕES NEGATIVAS

Certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente. As certidões negativas têm o caráter de constar caso exista alguma ação que impeça o reconhecimento da ação de usucapião extrajudicial, ou que interrompa o prazo prescricional aquisitivo: “Art. 216A [...]III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente” (Incluído

pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

Com o provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça, acrescentou que as certidões negativas dos distribuidores da Justiça Estadual e da Justiça Federal, devem ser expedidas nos últimos 30 (trinta) dias da data da prenotação para que apresente ação que impeça o reconhecimento do procedimento de usucapião pela via extrajudicial sendo acrescentada também que devem ser emitidas em nome do requerente e do respectivo companheiro, se houver do proprietário do imóvel usucapiendo e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver; e de todos os demais possuidores e respectivos cônjuges ou companheiros, se houver, em caso de sucessão de posse, que é somada à do requerente para completar o período aquisitivo da usucapião.

Apesar de parecer que trouxe morosidade ao procedimento com as exigências acrescentadas com o devido provimento, compreende-se que objetivo principal no cumprimento dessas exigências é a celeridade do procedimento, uma precaução no que consiste comprovar a mansidão a pacificidade, e o prazo prescricional da posse bem como a possível demanda em relação aos requerentes, que possam desqualificá-los no tocante à espécie de usucapião do pretendida (como exemplo, cita-se a existência de inventário em que o requerente está adquirindo imóvel em detrimento de herança, configurando, portanto, como proprietário de um imóvel em virtude do princípio da saisine, e então, desabilitando-o a adquirir imóvel pela modalidade da usucapião especial constitucional urbana).

Deste modo, caso existam ações pendentes e a presença de litígio, deverá o Oficial de Registro deslocar a competência para o processamento da usucapião para o foro qualificado. Neste diapasão, há elucidativo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa :Registro de Imóveis – Usucapião extrajudicial – Necessidade de instrução do requerimento com as certidões de distribuição em nome dos titulares tabulares do imóvel – Art. 216, inciso III, da Lei nº 6.015/73 e art. 4º, inciso IV, alínea b, do Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça – Alegações de desnecessidade das certidões e de impossibilidade de sua obtenção – Exigência legal e normativa que não pode ser afastada, em procedimento de natureza administrativa, pelos fundamentos apresentados pelos apelantes – Dúvida julgada procedente – Recurso não provido.(TJ-SP - AC: 10096706120188260019 SP 1009670-61.2018.8.26.0019,

Relator: Pinheiro Franco (Corregedor Geral), Data de Julgamento: 13/06/2019, Conselho Superior de Magistratura, Data de Publicação: 18/06/2019)

Por quanto mais uma vez encontramos dificuldades no procedimento da usucapião

extrajudicial, pela sociedade em exigência de requisito presente no artigo 4º, inciso IV, alínea “b”, do provimento nº 65/2017, qual seja a certidões do proprietário do imóvel, na prática a dificuldade em obter tais dados impendem o requerente de optar pela usucapião extrajudicial que teria a função de ser mais célere, mais acessível logo deverá optar pela via judicial.

5.2.3 JUSTO TÍTULO

O provimento 65 2017 do Conselho Nacional de Justiça, no inciso III, do artigo 4º e do artigo 216 A, da Lei de Registro Públicos deverão acompanhar o requerimento o justo título, ou quaisquer outro documentos que demonstram a origem, a continuidade a natureza em relação a posse do imóvel, mesmo assim somente será necessário quando a modalidade requerida exigir, quanto aos documentos necessários devem ser apresentados sempre na via original quando não for possível, alguns poderão ser apresentados em cópias simples, cabendo assim ao advogado declarar e justificar a autenticidade no requerimento, conforme parágrafos 1 e 3 do artigo 4º do provimento 65/ 2017, do Conselho Nacional de Justiça

5.2.4 INTIMAÇÃO DOS ENTES PÚBLICOS.

Em conformidade com o requerimento inicial deverá ser instruído com a planta e memorial descritivo, com a assinatura dos requerentes, o responsável técnico, como também pelos titulares dos direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel, e também dos imóveis confinantes ou pelos menos os ocupantes, onde todos os interessados deveram anuir no procedimento segue a fase de estudo desse capítulo, onde foi findo prazo de manifestação dos interessados para impugnação.

Agora a notificação dos Entes Públicos, procedimento esse presente no do §3º do art. 216-A da LRP, replicado para o art. 15 do Provimento 65/2017 do CNJ:

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

Quanto à notificação vista anteriormente, a intimação dos entes públicos poderá ser feita por intermédio do Oficial de Registro de Títulos e Documentos, ou por correio,

desde que feito por carta com aviso de recebimento (AR), com a ressalva de que não é preciso que seja recebida pelo representante do referido ente, bastando apenas que seja enviada para os órgãos responsáveis pelo recebimento, deverá ser instruída com cópia do requerimento, a ata notarial, o memorial descritivo, a planta do imóvel, sendo o prazo também de 15 (quinze) dias, não havendo o dobro de prazo para o Ente Público responder, decorrendo o prazo sem manifestação cabe ao Oficial de Registro prosseguir com o processo de aquisição de propriedade pelo Registro, vale ressaltar que no § 2 do artigo 15º do provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça traz a possibilidade do Poder Público intervir em qualquer fase do procedimento.

Superadas tais considerações e não havendo impugnação também por parte dos entes públicos, o procedimento continuará para sua fase final de publicação de Edital.

5.2.5 EDITAL

Chegando ao final do procedimento, o Edital tem por finalidade notificar terceiros interessados como é assegurado no artigo 16º Provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 16. Após a notificação prevista no caput do art. 15 deste provimento, o oficial de registro de imóveis expedirá edital, que será publicado pelo requerente e às expensas dele, na forma do art. 257, III, do CPC, para ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão manifestar-se nos quinze dias subsequentes ao da publicação.

§ 1º O edital de que trata o caput conterá: I – o nome e a qualificação completa do requerente; II – a identificação do imóvel usucapiendo com o número da matrícula, quando houver, sua área superficial e eventuais acessões ou benfeitorias nele existentes; III – os nomes dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados e averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes ou confrontantes de fato com expectativa de domínio; IV – a modalidade de usucapião e o tempo de posse alegado pelo requerente; V – a advertência de que a não apresentação de impugnação no prazo previsto neste artigo implicará anuência ao pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião

Sendo essa fase destinada dar uma ciência a terceiros interessados sobre o pedido e caso queiram terão seu direito a impugnação, o provimento trouxe uma inovação quanto aos prazos como segue o artigo 257 no Novo Código de Processo Civil,

Art. 257. São requisitos da citação por edital: [...]

III - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira;

Entende-se que na fase do procedimento do Edital o processo fica parado por pelo menos 35 (trinta e cinco) dias, pois o Registrador poderá estabelecer o prazo de 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias para apresentar impugnação, como os 15 (quinze) dias já estabelecidos.

Nota-se a contrariedade na diretriz estabelecida pelo provimento, no que diz respeito a um procedimento mais célere, até a desjudicialização, pois impõe assim a paralização do processo, para que isso não afete o final do processo recomenda-se que o Oficial de Registro estabeleça o menor prazo

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo o estudo sobre o instituto da usucapião no procedimento extrajudicial, trazido pelo Novo Código de Processo Civil, no artigo 1.071, no contexto da importância da desjudicialização do processo sendo esse considerado um fenômeno crescente em virtude da atividade notarial e registral, e assim reconhecida a celeridade dos seus processos.

Esse procedimento da usucapião extrajudicial aconteceu em 2015, sendo executada em 2016 começou apresentar dúvidas a respeito do seu procedimento, em sua concepção original tornou um procedimento muito aberto, e vago no que consistia os requisitos vindo assim o provimento 65/2017 do CNJ, definiu as diretrizes a serem seguidas pelos Cartórios e pelos requerentes.

Sendo esse provimento recente, em prática o estudo sobre o tema nos remete ainda informativos trazidos pelos Cartórios, e advogados atuantes na área de serviços extrajudiciais como sendo necessário ainda estudos práticos quanto ao procedimento da usucapião extrajudicial, e importância dos requisitos apresentados pelo provimento, bem como o conhecimento dos operadores de direito e requerentes em obter desse procedimento, tendo em vista a notável morosidade da usucapião pela via judicial.

Outro ponto importante mencionar que através das pesquisas dentro dos procedimentos apresentados, decisões a título de exemplificativas os julgados sobre a negatória no registro da usucapião extrajudicial, sendo questionado perante o Judiciário, a competência do Tabelionato como julgador da posse do requerente, e quanto a necessidade de certidões de distribuição em nome dos titulares do imóvel, de forma que não acesso as qualificações dos mesmos, e aduziram a esse requisito uma exigência

burocratiza, que impede a concretização da desjudicialização bem como o acesso a justiça.

Por fim consta que as inovações da desjudicialização da usucapião extrajudicial não afeta muito a sua natureza de aquisição tendo em vista requisitos e procedimentos a serem preenchidos, são minuciosos tende a uma padronização e segurança do procedimento mais em sua prática merece mais atenção e estudo, para posso alcançar a todos, que por sua maioria dos seus casos acabará o requerido optando pela via judicial que o procedimento conhecido como o de morosidade, pelo inicio do procedimento.

Portanto trata se um importante avanço no que se refere o acesso a justiça, que proporcionou celeridade, reduziu o número de demandas judiciais e valorizou as serventias extrajudiciais, no entanto o procedimento da usucapião extrajudicial ainda precisa de intervenções, interpretação e modificações para ter eficácia plena, visto que existem insuficiências legais a serem solucionadas que paralisam e atrasam o procedimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm , acesso em 08 de outubro de 2019

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm , acesso em 10 de setembro de 2019

BRASIL, Lei 6.001 de 1973, Disponível : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm , acesso em 10 de setembro de 2019

BRASIL, Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm , acesso no dia 01 de outubro de 2019.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa** – De acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRIGÍDO, Carolina de. **Justiça em Número, estoque de processos no país aumenta 30% em uma década aponta CNJ**. O Globo 28 de Agosto de 2019, Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-em-numeros-estoque-de-processos-no-pais-aumenta-30-em-uma-decada-aponta-cnj-23910412> acesso em 01 de outubro de 2019.

BRAGA, Isadora Jullie Gomes. **A desjudicialização do processo de usucapião da propriedade imobiliária pela via extrajudicial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/isadora_braga_2016_1.pdf acesso em 14 de novembro de 2019

CENTRAL JURIDICO. Disponível em: https://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/p/12/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html acesso em 10 de setembro de 2019.

CERUTI, Débora. **O Procedimento Extrajudicial de Usucapião Notas acerca do provimento Conselho Nacional de Justiça o nº65/2017**, Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade do Vale do Taquari, 2019. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2582/1/2019DeborCerutti.pdf> acesso em 14 de novembro de 2019.

DONIZETTI, Elpídio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19ª Edição, Atlas, 2016, ENUNCIADO Nº 86 DA CJF, da I Jornada do Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/714>, acesso em 10 de setembro de 2019

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, **Direito Ciivil. Direito das Coisas**. Volume 05 12ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2017.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. **Usucapião Extrajudicial**. 1 ed. São Paulo: YK Editora, 2016.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. Usucapião extrajudicial: fundamentos constitucionais para a desjudicialização e o direito comparado. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 82, ano. 40, p.107-153, jan.-jun. 2017.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set., 2013. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1000991396> acesso em 01 de outubro de 2019

OLIVEIRA, Fernanda Lourdes de. Usucapião administrativa : uma alternativa possível. **Revista dos tribunais on line de Direito Privado**. v.48, p. 129, Outubro de 2011. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://professorhoffmann.files.wordpress.com/2012/07/usucapic3a3o-administrativa-uma-alternativa-poss3advel-fernanda-loures-de-oliveira-2011>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

PROVIMENTO N° 65/2017 CNJ. Disponível em: https://www.colegioregistrals.org.br/wp-content/uploads/2018/03/uh_152206883003.pdf , acesso em 14 de novembro de 2019

SOUZA, André de. **Número de processos sem decisão cresce na Justiça brasileira**. O Globo. 04 de set. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-processos-sem-decisao-cresce-na-justica-brasileira-21783423> acesso em 01 de outubro de 2019;

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE:
o direito a morte digna à luz dos direitos humanos**

Lucas Tavares Duarte Pereira de Souza¹

RESUMO

As diretivas antecipadas de vontade são um gênero de documento que versa sobre a manifestação da vontade acerca de cuidados e tratamentos médicos. Teve origem nos Estados Unidos e foi introduzida no ordenamento ético brasileiro pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Comporta duas espécies: Testamento Vital e Procuração para cuidados de saúde (Mandato Duradouro). É utilizado por pessoas que desejam dispor acerca da assistência médica em sua fase terminal, determinando o que permitem, ou não permitem, quando não estiverem mais aptos a manifestar sua vontade, visando uma situação de incapacidade futura. Apesar da aceitação no direito estrangeiro, o ordenamento jurídico brasileiro não traz legislação específica acerca das diretivas antecipadas de vontade, portanto, visando demonstrar a legitimidade da temática no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister estudar a autonomia e a dignidade da pessoa humana, bem como as situações clínicas que estão sujeitas as diretivas antecipadas de vontade. Além de abordar os cuidados paliativos e seus benefícios, assim como experiências estrangeiras que servem de base para uma futura regulamentação da lei brasileira.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade. Autonomia. Dignidade da pessoa humana. Direito à morte digna. Testamento Vital. Mandato duradouro. Eutanásia. Suicídio assistido. Distanásia. Ortotanásia.

**ADVANCED DIRECTIVES WILL:
the right to a dignified death by human rights**

ABSTRACT

Advance will directives are a kind of document that addresses the manifestation of will about medical care and treatment. It originated in the United States and was introduced into the Brazilian ethical system by Resolution 1,995 / 2012 of the Federal Council of Medicine. It comprises two species: Living Will and Durable power of attorney for health care (Lasting Mandate). It is used by people who want to have medical care in their terminal phase, determining what they allow, or do not allow, when they are no longer able to express their wishes, aiming at a situation of future disability. Despite the acceptance in foreign law, the Brazilian legal system does not bring specific legislation about the advance directives of will, therefore, in order to demonstrate the legitimacy of the theme in the Brazilian legal system, it is necessary to study the autonomy and dignity of the human person, as well as as the clinical situations that are subject to the

¹ Graduado do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas.

advance directives of will. In addition to addressing palliative care and its benefits, as well as foreign experiences that underlie future regulation of Brazilian law.

Keywords: Advance Directives of Will. Autonomy. Dignity of the Human Person. Right to Life. Vital Testament. Durable power of attorney for health care. Euthanasia. Assisted suicide. Dysthanasia. Orthothanasia

INTRODUÇÃO

As diretivas antecipadas de vontade surgiram com o instituto de assegurar através do testamento vital e do mandato duradouro, a autonomia que uma pessoa tem para dispor sobre os tratamentos que gostaria de receber ou não em casos de incapacidade futura, decorrentes de doenças graves e incuráveis.

Garantir que a vontade do paciente seja cumprida ao rejeitar tratamentos médicos e aceitar a morte como ela é, significa que é assegurado a esse enfermo a dignidade da pessoa humana, o respeito a sua autonomia privada e a vedação ao tratamento desumano, todos princípios que se encontram no corpo da Constituição Federal.

Nessa esteira, Roberto Dias assevera que o reconhecimento do direito a morte digna decorre dos direitos a liberdade, a autonomia, ao respeito a vida, no marco de um Estado laico, no qual impera a razão pública e secular (DIAS, 2012, p.2).

Logo, o instituto, atua no sentido de que se o paciente já comporta sofrimento suficiente, não deve ele buscar meios que prolonguem ainda mais sua dor e que lhe causarão mais sofrimento desnecessário, assim, estando o enfermo na iminência de sua morte e não mais havendo possibilidade de cura, não há que se prolongar ainda mais sua vida e conseqüentemente seu sofrimento.

Contudo, o ordenamento jurídico pátrio não comporta legislação específica sobre o tema, o que acaba por resultar em certa insegurança jurídica quanto a quem pretende utilizar o mecanismo do testamento vital e do mandato duradouro, ainda que a legislação não apresente óbices e embargos a sua executoriedade.

Ainda que o Conselho Federal de Medicina tenha editado a Resolução 1.995/12, visando regulamentar o instituto, fato este que despertou o estudo do tema e sobre sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a resolução não tem força de lei. Portanto, faz-se mister a necessidade da edição de uma lei específica que trate do tema e

de seus pormenores, visando esclarecer a temática e reconhecer expressamente o direito que cada indivíduo tem de exercer sua autonomia no final da vida.

Antes de analisar o instituto e suas peculiaridades, cabe ressaltar que o Brasil é um país que adota um posicionamento absolutista no que tange o direito à vida, interpretando-o como um direito absoluto. Todavia, o posicionamento majoritário da doutrina de direitos humanos, considera a limitabilidade como uma das principais características dos direitos fundamentais. É o que preleciona Kildare Gonçalves Carvalho:

Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as consequências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações nas necessidades de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações, resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade. (CARVALHO, 2009, p. 717)

É de suma importância a valorização do direito à vida, porém, faz-se mister valorizar ainda mais a dignidade da pessoa humana como um todo, pois este princípio é a base de todos os direitos inerentes ao ser humano. Logo, o objetivo das diretivas antecipadas de vontade, é proteger a autonomia privada do indivíduo, respeitando sua dignidade como enfermo, a fim de legitimar suas próprias convicções acerca do tratamento médico que deseja receber ou não, quando não puder mais expressar sua vontade.

Consoante o que já foi exposto, o estudo busca trazer a discussão acerca da declaração antecipada de vontade frente o ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo o direito a morte digna e a autonomia do paciente para dispor sobre o que considera melhor para si, com base no direitos fundamentais, bem como faz uma breve abordagem sobre as Leis de Portugal e Uruguai.

1. CONCEITO

Atualmente, há diversos tratamentos capazes de prolongar a vida do ser humano, muito deles artificiais, que mantêm o corpo são, mas a mente do indivíduo em estado de inconsciência, vide os casos de pacientes em estado vegetativo, que são sustentados por

diversos aparelhos ou até mesmo aqueles pacientes que vivem em constante estado de sedação, devido a dores constantes.

Nessa esteira, o sentimento habitual dos familiares é o medo de enfrentar a aceitação do curso natural da vida, acabando por desconsiderar o senso racional de que a morte é um estágio natural, que chegará para todos os seres humanos. E que mesmo com a tentativa de uma eventual prolongação da vida, seja ela breve ou duradoura, o resultado morte sempre será iminente. É o que preleciona Franklin Santana Santos, renomado médico geriatra, ao dizer que “há muitos pacientes morrendo com dor e sem as mínimas condições de dignidade humana, sendo isso o resultado de nossa tentativa frustrada de matar a morte e entorpecer a consciência”. (SANTOS, 2009, p.4)

Nesta perspectiva, o historiador francês Phillipe Ariès, ao comentar sobre a morte na idade média, onde não havia todo o aparato médico atual, faz uma importante análise acerca do que ele considera por morte domada:

A atitude antiga em que a morte é ao mesmo tempo próxima, familiar e diminuída, insensibilizada, opõe-se demasiado à nossa onde faz tanto medo que já não ousamos pronunciar o seu nome. É por isso que, quando chamamos a esta morte familiar a morte domada, não entendemos por isso que antigamente era selvagem e que foi em seguida domesticada. Queremos dizer, pelo contrário, que hoje se tornou selvagem quando outrora o não era. A morte mais antiga era domada. (ARIÈS, 2000, p.40)

Diante desse fato, onde na idade média a morte era algo domado nos ensinamentos de Ariès, ou seja, natural, acabou no decorrer do tempo por transformar-se na busca pelo prolongamento do seu resultado, de modo a sobrepor o sentimento de amor fraterno, a iminência da perda e o temor de não ter mais a parte material presente, sobre a razão acerca do sofrimento que não só o enfermo, mas também a própria família irá passar durante a tentativa de evitar o inevitável. Inclusive privando-o de viver com dignidade seus últimos momentos de vida, resultando assim, sob a ótica do referido historiador, na morte selvagem.

As diretivas antecipadas da vontade residem, portanto, numa nova forma de lidar com uma situação clínica delicada sob a ótica dos familiares e dos próprios médicos. Assim, ao dar o pontapé inicial para a discussão do tema e sua possível aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, o Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1.995/2012, trouxe em seu art. 1º o conceito básico sobre o que vem a ser

diretivas antecipadas de vontade, conceito este que será utilizado para os fins desse estudo. Portanto, estabelece o referido artigo:

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. (CFM, 2012)

Sendo assim, considera-se como diretivas antecipadas da vontade o gênero de documentos de manifestação de vontade, voltado para cuidados e tratamentos médicos. Gênero este que é composto de duas espécies de documentos, o Testamento Vital e a Procuração para cuidados de saúde ou Mandato Duradouro.

2. ORIGEM

Não há como tratar das diretivas antecipadas da vontade e não mencionar a experiência norte-americana. Embora a didática seja relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, nos Estados Unidos, segundo Emanuel:

O testamento vital foi proposto pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia, como um documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida. (EMANUEL apud DADALTO, 2013, p. 106)

A abordagem minuciosa de toda repercussão da problemática gerada em 1967 até os dias atuais não será objeto deste estudo. Contudo, é importante mencionar o primeiro caso que chegou à esfera federal, uma vez que os Estados Unidos possuem um sistema baseado na jurisprudência, ou seja, o *common law*. Nesse sentido Luciano Dadalto após anos de estudo e pesquisa relata que:

Nancy Beth Cruzan [...] sofreu em 1983, um acidente automobilístico no interior do Estado de Missouri, que lhe deixou em coma permanente e irreversível, sendo posteriormente diagnosticada em Estado Vegetativo Persistente (EVP). Após este diagnóstico seus pais solicitaram aos médicos que a alimentação e a hidratação artificial que a mantinham viva fossem suspensas, pois, com 20 anos, Nancy havia dito para uma colega que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais. Todavia, os médicos não atenderam tal pedido em virtude de ausência de autorização judicial [...] em 1990 o caso chegou à Suprema Corte Americana, e em novembro do mesmo ano o pedido inicial foi deferido, ordenando que o hospital cumprisse o desejo da família da paciente. (DADALTO, 2013, p. 111-112)

Seguindo a linha histórica, a renomada autora continua:

Os Estados Unidos aprovaram em 1991 a *Patient Self-Determination Act* (PSDA), primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente. Esta lei traz em sua segunda seção a instituição das diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos, do qual são espécie o *living will* e o *durable power of attorney for health care* [...] A pouca adesão ao *living will*, aliada às críticas a esse documento e ao aumento da autonomia do paciente, abriu caminho para novos gêneros de documentos de manifestação de vontade para tratamento médico nos Estados Unidos. Atualmente, além das diretivas antecipadas, existe o *Advance Medical Care Directive*, documento em que a vontade é manifestada através de um formulário em que o indivíduo assinala o que ele deseja e o que ele não deseja, baseado em uma conversa entre ele e a equipe de saúde; o *Value History*, documento no qual o indivíduo deixa escrito seus valores pessoais que orientarão a tomada de decisões; a *Combine Directive*, que agrega componentes de instrução, de procuração e de histórico de valores, com o objetivo de maior compreensão da vontade do indivíduo quanto a tratamentos médicos e, mais recentemente, o *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment* (POLST). (DADALTO, 2013, p. 113-114)

Portanto, essa expertise norte-americana com relação ao tema, não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico brasileiro e seus operadores do direito. Uma vez que esse instituto vem suscitando legislação específica no Brasil, conhecer a historicidade das DAV é de suma importância para orientar e servir como base para um aprimoramento e adequação do instituto hoje no Brasil.

3. SITUAÇÕES CLÍNICAS PROPÍCIAS AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Ao passo que a medicina evolui e o campo do direito não consegue inovar e acompanhar tal evolução, brechas e lacunas surgem na ordem jurídica vigente, podendo causar insegurança jurídica. Nesse sentido, a falta de regulamentação para temas novos e atuais, fazem com que as demandas vão parar nos tribunais superiores, cujos ministros acabam tendo que exercer a função atípica do Poder Judiciário, ou seja, legislando sobre determinada matéria.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autonomia do paciente se sobrepõe ao direito à vida nos casos de ortotanásia, onde considera-se que a vida não deve ser nem abreviada e nem prolongada. Porém, o paciente deve ser respeitado durante o curso natural da doença, sendo provido meios que propiciem qualidade de vida para que ele morra em seu tempo e no tempo de sua doença. Portanto, antes mesmo de se ter

consciência sobre as DAV e sua aplicabilidade, há de se ter em mente o que vem a ser cada situação clínica que envolve o instituto.

3.1 Eutanásia

A palavra eutanásia é derivada da expressão grega *euthanatos*: eu (boa) *thanatos*: morte, significando, boa morte. Há indícios de que era praticada pelas primeiras civilizações, apesar de não ter sido praticada por motivo humanístico ou solidário. Nesse sentido, preleciona Maria Helena Diniz em sua grande obra “O Estado Atual do Biodireito”:

Entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos. O povo espartano, por exemplo, arremessava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. [...] os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o vinho da morte ou vinho Moriam [...] os brânames eliminavam recém-nascidos defeituosos, por considerá-los imprestáveis aos interesses comunitários. Na Índia, lançavam no Ganges os incuráveis [...] os celtas matavam crianças disformes, velhos inválidos e doentes incuráveis (DINIZ, 2006, p. 386).

Para efeitos de conceito, Miguel Angel Ñunez Núñez Paz em seu “*Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir com dignidad*”, assevera que:

podría configurarse la eutanásia, em principio, sobre la base de aquellos comportamientos que suponen la privación de la vida de una persona o la anticipación y no aplazamiento de su muerte, por motivos humanitários y a petición o requerimiento de aquella que sufre una enfermedad terminal incurable, lesión o invalidez irreversible que la ocasiona graves e insuportables sufrimientos y que afectan a su calidad de vida. (PAZ apud BASILIO, 2014, p. 20)

Vale ressaltar ainda que a eutanásia se dá em casos que envolvam pessoa com doença grave e incurável, em constante sofrimento ou em estado terminal, movida por incontrolável piedade e compaixão de um terceiro, normalmente um profissional de saúde. No Brasil, a eutanásia voluntária é considerada homicídio privilegiado, conforme o art. 121, §1º do Código Penal, pois é dotada de motivo humanístico.

3.2 Suicídio Assistido

Não se confunde com eutanásia. No suicídio assistido há a promoção de meios para que o próprio paciente acometido de doença incurável retire a própria vida, por sua livre e espontânea vontade. Os familiares e amigos apenas colocam ao seu alcance os

meios necessários, porém dignos para que ele obtenha uma morte indolor. Tal prática também é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, conforme art. 122 do Código Penal.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel, explicam que o suicídio assistido:

designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiros. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O suicídio assistido por médico é espécie do gênero suicídio assistido (BARROSO; MARTEL; 2011, p. 241).

É de extrema importância levar em consideração a questão psicológica do paciente que requisita eutanásia ou suicídio assistido. O doutor em psiquiatria Alexander Moreira de Almeida faz importante observação nesse sentido:

Pedidos por eutanásia e SA são complexos e incluem fatores pessoais, psicológicos, sociais, demográficos, culturais e econômicos. Tais pedidos necessitam respeito, cuidadosa atenção e comunicação aberta e sensível. São muitas vezes passageiros, frutos de receio no início do quadro, como por exemplo, às vezes, pedir frente ao diagnóstico de um câncer operável. A decisão depende da situação atual e do que imagina ser o futuro, podendo o medo do isolamento e solidão ser fatores determinantes (ALMEIDA apud BASILIO, 2014, p. 22).

Faz-se mister salientar que a eutanásia e o suicídio assistido não cabem no testamento vital, mas tem relação íntima, pois abre a possibilidade de diálogo sobre uma morte digna, sem sofrimento indolor para aquele cujo sofrimento é imensurável.

3.3 Distanásia

Ao passo que a medicina evolui, a distanásia vai ganhando mais protagonismo. O conceito de distanásia deriva do grego *dis* “afastamento” e *thánatos* “morte”, ou seja, visa o emprego de recursos médicos para prolongar a vida o máximo possível.

Com sua exímia sabedoria, Luís Roberto Barroso e Leticia Campos Velho Martel explicam que por distanásia

compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 239)

É de notável compreensão que a distanásia não prolonga a vida do paciente, mas sim o seu processo de morte. Promovendo dor e sofrimento aquele que já se encontra em estado de saúde crítico. Nesse sentido, Maria Helena Diniz assevera que se trata de um prolongamento exagerado da morte de um paciente em estado terminal, ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas o processo de morte. (DINIZ, 2001, p. 316).

Especialista no assunto, Leo Pessini faz importante observação acerca da falta de humanidade na distanásia:

no curso de uma doença que não pode ser curada, e quando a morte está próxima e é inevitável, existem situações em que prolongar a vida não é aconselhável. Prolongar a vida a todo custo pode ser desumano para os pacientes. Isso tem sido reconhecido desde a introdução da terapia intensiva na segunda metade do século XX (PESSINI, 2001, p. 100).

Isto posto, fica evidente que na distanásia não há a intenção de cuidados paliativos visando qualidade de vida, mas sim o uso de toda tecnologia presente nos hospitais para que haja a prolongação da vida. A distanásia não é crime, porém o Código de Ética Médica traz em seu Capítulo I, inciso XXII a sua vedação perante o médico.

3.4 Ortotanásia

Na via de mão dupla, eutanásia e distanásia seguem um caminho e a ortotanásia segue para o lado oposto. A palavra ortotanásia também advém do grego *othos* “normal, correta” e *thánatos* “morte”, sendo assim, significa morte natural ou correta, sem qualquer tipo de intervenção, seja ela a abreviação por meio da eutanásia ou do prolongamento por meio da distanásia.

Nesse sentido Luís Roberto Barroso e Leticia Campos Velho Martel asseveram a respeito, da ortotanásia:

Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 240)

Preleciona ainda Leo Pessini que a ortotanásia é sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionais que imporiam sofrimentos adicionais (PESSINI, 2009, p. 31).

Também chamada de eutanásia passiva, a ortotanásia juridicamente falando é possível no Brasil. Uma vez que há precedentes na jurisprudência, na Lei Estadual 10.241/1999 do Estado de São Paulo, que assegura o direito do paciente terminal recusar tratamento para tentar prolongar sua vida e há também a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta a prática da ortotanásia pelos médicos.

A ortotanásia, portanto, está ligada diretamente aos cuidados paliativos, visando nem prolongar, nem abreviar a morte. Buscando tão somente cuidar do paciente, provendo qualidade de vida para uma morte digna.

4. CUIDADOS PALIATIVOS

Presente nos estudos acerca das DAV, os cuidados paliativos são fundamentais para a manutenção da dignidade da pessoa humana diante de uma situação clínica considerada incurável. E por ser peça fundamental do objeto em estudo, faz-se mister dedicar este tópico para conceituar e demonstrar o grande valor humanitário que esses cuidados representam.

A palavra paliativo tem origem no latim *pallium*, que significa cobrir, amparar, abrigar, ou seja, minimizar o sofrimento, acalantar o próximo e trazer conforto. Assim que se deve entender a expressão “paliativo” quando alinhada a um dever de cuidado, quando um ser humano oferta algo que é seu para o outro, buscando minimizar os efeitos dolosos e colocando a qualidade de vida em primeiro plano.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em conceito definido em 1990 e atualizado em 2002, considera que cuidados paliativos:

consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos espirituais. (WHO, 2002)

Dentre os benefícios do cuidado paliativo elencados pela OMS (WHO, 2002), vale destacar o objetivo de não apressar nem adiar a morte; oferecer condições para que o paciente viva da melhor maneira possível até a sua morte; proporcionar o alívio da dor e outros sintomas dolorosos, bem como ajudar a família a lidar com a doença e com o luto.

Portanto, diante do conceito acima citado, percebe-se que os cuidados paliativos têm como principal objetivo cuidar da pessoa de forma integral. Os médicos não visam primeiramente o tratamento da doença, mas sim o tratamento da pessoa, contemplando todo o sofrimento do enfermo para além de sua doença, ou seja, ocorre uma verdadeira ampliação do tratamento, pois o objeto de cuidado é o sofrimento físico, emocional, familiar, social e espiritual, visando sempre promover qualidade de vida.

Nessa mesma esteira, dispõe a Agência Nacional de Cuidados Paliativos:

É uma filosofia de cuidado. Mas é também uma técnica específica. CP de qualidade envolve competências para cuidar da dor, da falta de ar, das náuseas, da fadiga ou de outros sintomas. Alguns estudos randomizados mostram inclusive que pacientes que recebem este cuidado específico vivem mais tempo. Além de cuidar de sintomas físicos, CP busca cuidar também de sintomas emocionais, como medo, ansiedade e depressão, comuns em pacientes e familiares em situações graves de saúde. Estratégias específicas de comunicação realizada com técnica, com honestidade e com compaixão, têm alto impacto nestes sintomas, conforme mostram diversos estudos randomizados e controlados. CP busca ainda cuidar dos familiares dos pacientes, entendendo a família como parte da unidade do cuidado e sabendo que cuidar da família é uma parte importante para cuidar do sofrimento do paciente. E por fim, cuida da espiritualidade do paciente. Espiritualidade não é necessariamente religiosidade, e pode ser resumida como o que é sagrado para cada um. (ANCP, 2018)

Por fim, a importância dos cuidados paliativos na vida dos pacientes portadores de doenças que ameaçam a continuidade de sua vida é demonstrada por Ana Michele Soares, 35 anos, portadora de um câncer de mama metastático, sem cura, que em entrevista ao programa Bem Estar relatou: “Descobri que cuidados paliativos não era sobre morrer, era sobre como eu queria viver até lá. E esse lá pode ser um mês, dois anos, cinco anos, 10 anos. Quem sabe?” (G1.2018)

5. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA

Quando um estudo jurídico se remete a institutos que lidam com a vida e a morte, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser invocado. Inclusive, no âmbito jurídico, o direito à vida é encarado sob a prisma da dignidade. E Kant traz uma

visão interessante ao afirmar que “uma pessoa é um fim em si mesmo, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio” (KANT, 1995, p. 58).

No que tange a dignidade na atual Carta Magna, por estar logo em seu artigo 1º, o mestre José Afonso da Silva elucida que “reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.” (SILVA, 2010, p. 40)

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Leticia Campos Velho Martel trazem o conceito dúplice da dignidade da pessoa humana como autonomia e como heteronomia:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito normal capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de violar sua dignidade (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 252).

Ainda sobre os autores acima epigrafados, sobre a autonomia explicam:

A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque o pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos da dignidade como heteronomia. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 255)

Por fim, ainda conforme a dignidade humana como heteronomia conceituam os renomados autores:

Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa. Como intuitivo, o conceito de dignidade com heteronomia funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 256)

Elucidando o brilhante raciocínio dos autores acima, a dignidade da pessoa humana como autonomia, seria o poder que o indivíduo tem para administrar sua própria vida, a fim de gerir suas próprias escolhas, não podendo transpassar a esfera de outro indivíduo. O que cabe perfeitamente no objeto em estudo, uma vez que a diretiva antecipada de vontade preza pela autonomia do indivíduo. Por outro lado, a heteronomia seria a intervenção estatal, visando a proteção dessa dignidade uma vez que nenhum direito é absoluto ou pode ser exercido de forma arbitrária.

Portanto, quando o médico e os funcionários do hospital fazem de tudo para salvar a vida do enfermo, estão agindo de acordo a dignidade em sua heteronomia. Dignidade esta pregada pela sociedade e que muitas das vezes se sobrepõe a autonomia e vontade do indivíduo.

6. TESTAMENTO VITAL

Sabe-se que as diretivas antecipadas da vontade são de imprescindível importância para garantir e preservar de forma efetiva a autonomia e a dignidade da pessoa humana, a partir do momento em que ela não for mais capaz de manifestar a sua vontade com relação a continuidade dos procedimentos médicos disponíveis e quanto a possibilidade de sua interrupção.

Nesse sentido a ilustre doutora Luciana Dadalto, que conta com 10 anos de expertise no tema, assevera que:

O testamento vital é um documento de manifestação de vontades, pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensões e tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade. (DADALTO, 2013, p.97)

Ainda que não exista expressa previsão legal acerca do tema na atual ordem jurídica, Dadalto (2013) aduz que para tornar válido o documento, o outorgante deve possuir discernimento ao tempo do testamento vital e só poderá utilizá-lo quando não for mais capaz de expressar sua autonomia, sendo vedado, por exemplo, versar sobre suicídio assistido, promover métodos incompatíveis com a situação clínica do paciente e observar o dever de consciência do médico envolvido, de acordo com o artigo 28 do Código de ética Médica.

Vale ressaltar as dificuldades de executividade do instituto, por exemplo, a falta de legislação específica, uma vez que a Resolução 1995/12 do Conselho Federal de Medicina não tem força de lei. O que acaba por gerar a incerteza e receio nos profissionais da saúde, como mostra pesquisa realizada pela Revista Bioethikos em 2011, atenção para o ano, onde perguntados sobre a possibilidade de um indivíduo possuir um Testamento Vital, apenas 60,77% dos entrevistados optariam por respeitar a autonomia do paciente. (PICCINI et al., 2011, p. 390). Nesse sentido, em pesquisa realizada pela Revista Bioética em 2015, pós Resolução do CFM, foi constatado os seguintes resultados:

A respeito do fato de o profissional sentir-se ou não à vontade para seguir as determinações contidas em um testamento vital, a maioria dos participantes mostra-se não estar confortável. Quando se consideram os grupos profissionais, 47,6% dos médicos e 27,9% dos demais profissionais de saúde afirmam sentir-se à vontade para segui-las [...] ao serem questionados sobre a criação de uma lei para regulamentar o testamento vital, a maior parte afirmou ser a favor. Entre os grupos profissionais, 89,1% dos médicos e 77,9% dos demais profissionais de saúde apoiaram essa proposta. Quanto a sentir-se seguro com a regulamentação desse documento, grande parcela da amostra (73,8%) respondeu afirmativamente. No que tange aos grupos, 83% dos médicos e 67,1% dos demais profissionais de saúde declararam sentir maior segurança caso haja uma regulamentação. (CHEHUEN et al., 2015, p. 576).

Portanto, levando em consideração a pesquisa acima apresentada, fica evidente que a falta de expresse amparo legal, culmina na insegurança jurídica nos profissionais da saúde, vindo assim a prejudicar a aplicabilidade e a executividade do testamento vital. Logo, é de extrema necessidade a regulamentação do instituto, a fim de garantir o direito do outorgante de ter uma morte digna e dar proteção aos médicos e os profissionais da saúde no exercício de suas atribuições.

7. MANDATO DURADOURO

Ao dispor acerca das diretivas antecipadas da vontade sob a ótica médica, o Conselho Federal de Medicina não deixou de mencionar na Resolução 1.995/2012 em seu artigo 2º, §1º acerca do representante do paciente ao estabelecer que:

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. (CFM, 2012)

Nesse sentido, versando sobre a possibilidade de o médico se deparar com a espécie de documento denominada mandato duradouro. Buscando conceituar o que venha a ser esse documento, Luciano Dadalto elucida que:

O mandato duradouro é um documento no qual o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitivamente ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente. (DADALTO, 2013, p. 91)

Há que se chamar atenção para o fato de que, diferentemente do testamento vital, que trata da incapacidade definitiva, o mandato duradouro não versa apenas sobre atitudes relacionadas ao fim da vida do outorgante, uma vez que no próprio conceito trazido acima, a autora traz a observação de que a incapacidade não necessariamente é definitiva, ou seja, o procurador pode utilizar-se do mandato nas questões de incapacidade transitória. Dessa forma, analisando sobre a aplicabilidade do mandato duradouro frente o testamento vital, evitando divergências, a autora mencionada acima explica que:

[...] seria interessante fazer um testamento vital contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro), e, concomitantemente, redigir um mandato duradouro, nomeando o mesmo procurador – para que não haja conflito entre os documentos – a fim de que este possa agir em situações que não envolvam fim da vida. (DADALTO, 2013, p. 95)

Em seu renomado livro, Luciana Dadalto (2013) expõe que o maior problema que o mandato duradouro encontra hoje é com relação ao cumprimento do que foi estipulado no documento, uma vez que o cônjuge e a família, normalmente constituídos como representantes do paciente, trazem consigo dogmas, crenças religiosas e visões diferentes, deixando de dar cumprimento ao que já foi pré-estabelecido.

Assim, ressalvados os óbices do documento, devemos entender que o representante é um meio que exterioriza as diretivas antecipadas da vontade, que nada mais são que as próprias vontades do paciente acerca de sua situação hospitalar. Respeitando a sua dignidade, liberdade e a sua autonomia para decidir sobre aquilo que julga ser melhor para si, até mesmo em uma situação delicada e que envolve dores muitas das vezes irreparáveis.

8. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Para discutir sobre a aplicação das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, é imperioso estudar as legislações e experiências de outros países que recepcionaram este instituto. Embora a temática seja relativamente nova no Brasil, o assunto já é discutido há algum tempo em outros países, gerando pesquisas e leis que servirão de base para a aplicabilidade das DAV no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto será abordado a legislação Portuguesa, pela similaridade com a legislação brasileira e a legislação Uruguaia, por ser um país latino-americano que também trata das diretivas, pois ao pesquisar o instituto fala-se muito em países europeus, quando aqui na América Latina também há países que tratam do tema.

8.1 Portugal

Preliminarmente, cabe ressaltar que a temática teve consolidação na Europa, após a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (Convênio de Oviedo) realizada em 04 de abril de 1997, que em seu art. 9º reconheceu a autonomia do paciente ao estabelecer que: serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad. (OVIEDO, 1997).

Nessa esteira, Portugal, um dos países europeus que ratificaram a convenção, através da Lei n. 25/2012 passou a regulamentar as DAV e criou o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). Por conseguinte, observando o art. 1º da referida lei, percebe-se que há uma confusão quanto a natureza terminológica do instituto, pois trata as diretivas antecipadas de vontade e testamento vital como sinônimos. Além de tratar do mandato duradouro, denominado no art. 11º como “procurador de cuidados de saúde”, como instituo independente, ignorando que as DAV são um gênero, onde o testamento vital e o mandato duradouro fazem parte.

Vale ressaltar que em Portugal a eutanásia e o suicídio assistido, assim como no Brasil, são considerados crimes, conforme artigos 134 e 135 do Código Penal Português. Bem como a distanásia é considerada conduta eticamente reprovável, de acordo com o Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal (CDOMP). Portanto, a legislação portuguesa permite somente a prática da ortotanásia.

Todavia, a legislação portuguesa teve uma grande inovação ao criar o RENTEV, regulamentado no Capítulo VI do referido diploma legal. Segundo o art. 3º da referida lei, as DAV devem ser:

Formalizada através de documento escrito e assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos;
- d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;
- e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam. (PORTUGAL, 2002)

Com relação à capacidade, a lei em comento requer a capacidade plena em seu art. 4º. Por conseguinte, estabelece limites no art. 5º ao estabelecer que não produz efeitos as DAV que:

Sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;

- b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;
- c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade. (PORTUGAL, 2002)

No que depreende o art. 6º, evidencia-se que a eficácia das diretivas se dá com o respectivo registo no RENTEV ou com a entrega do documento a equipe médica responsável pelos cuidados do enfermo. Destarte para o prazo decadencial de 5 anos que a legislação em tela trouxe no art. 6º para a produção de efeitos das DAV, embora possa ser renovado ou revogado e modificado a qualquer tempo.

Com relação ao procurador para cuidados de saúde, o outorgante necessita dos mesmos requisitos já expostos, mas o art. 11º diz que não podem ser procuradores os funcionários do RENTEV e os proprietários e gestores de entidades que prestam cuidado de saúde. Assim, as decisões tomadas pelos procuradores devem ser respeitadas, uma vez que estes atuem no limite de seus poderes e da lei. Havendo qualquer tipo de conflito entre o procurador e o testamento vital, prevalece este último.

Por fim, não há como deixar de mencionar o art. 10º, que traz importante mecanismo de vedação a qualquer tipo de discriminação, aludindo o seguinte: Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas

de vontade (PORTUGAL, 2002). Assim como o art. 9º que garante o direito de objeção de consciência do médico.

Embora o Brasil viva situação parecida com a de Portugal, pois os dois países vedam a eutanásia, o suicídio assistido e o Código de Ética Médica português e o brasileiro reprovam a distanásia, Portugal optou por buscar regulamentação e dar efetividade ao direito do enfermo de satisfazer sua autonomia e seu direito à morte digna, enquanto o Brasil padece de legislação específica para alcançar essas pessoas que sofrem com a doença e com a falta de garantias de que sua autonomia do fim da vida será respeitada.

8.2 Uruguai

Quando se fala em legislações acerca das diretivas antecipadas de vontade, países como Estados Unidos, Holanda, Bélgica e Suíça vem logo em questão, mas há países na América Latina que também regulamentam o instituto, como a Argentina, a Colômbia e o Uruguai, este último que traz como regulamentação a *Ley n. 18.473/2009*.

A legislação uruguaia não traz grandes inovações, assemelha-se inclusive com a de Portugal. Dessa forma, reconhece em seu art. 1º a autonomia de toda pessoa maior de idade e com discernimento, que de forma voluntária opõe-se a tratamentos e procedimentos médicos (URUGUAI, 2009). Na mesma esteira, inova ao dispor no referido dispositivo legal, que o paciente tem autonomia para consentir que ocorra o prolongamento de sua vida, ainda que ocorra a perda da qualidade, respeitando claramente sua autonomia da vontade.

No mais reputa-se a dispor sobre os cuidados paliativos, que são importantes para assegurar o bem-estar e a qualidade de vida, bem como critérios para a elaboração das DAV e sobre o mandato duradouro. Além de trazer no art. 8º um fator diferencial, que é o aviso prévio a Comissão de Bioética da instituição de saúde sobre a interrupção de um tratamento, devendo a comissão julgar o pedido procedente ou não no prazo de 48h. E por último, assim como em Portugal, o art. 9º da lei em tela, dispõe que se houver objeção do médico em suspender o tratamento por motivos éticos, morais e religiosos, este deverá ser substituído por outro.

9. POSSIBILIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Preliminarmente, cabe ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana disposto no art. 1º, II da Constituição Federal, a proibição a tratamento desumano regulado no art. 5º, III também da Constituição, bem como a autonomia privada que está implícita na ordem constitucional, são arcabouços para a fundamentação das diretivas antecipadas de vontade e sua aplicabilidade em solo brasileiro. Entretanto, diante da mora legislativa, coube ao Conselho Federal de Medicina começar a chamar atenção para a temática no Brasil.

Dessa forma, o CFM em 2006 editou a Resolução 1.805, que em seu art. 1º reconhece que é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal (CFM, 2006). Nessa mesma esteira, o CFM editou em 2012 a Resolução 1.995, que dispõe expressamente sobre as DAV e foi um marco para o instituto no Brasil. E não obstante, recentemente editou a Resolução 2.232/19, que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Vale ressaltar também a apreço do legislativo do Estado de São Paulo, que na Lei 10.241/99 em seu art. 2º, XXIII reconheceu que é direito do usuário do sistema de saúde recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida (SÃO PAULO, 1999). Bem como aprovou o PL 231/18, que dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida.

No que tange o campo da jurisprudência, segue os brilhantes julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo a autonomia do paciente:

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. **O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória.** No caso dos autos, **a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada,** notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.

(Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011). (BRASIL, 2011)

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, **se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.** 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. **O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa**, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. **A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia**, máxima quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, **o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.** 4. Nas circunstâncias, **a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.** 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013) (BRASIL, 2013)

Ressalta-se também o art. 15 do Código Civil que preceitua que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (BRASIL, 2002). Bem como o enunciado 528 do Conselho da Justiça Federal ao entender que:

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 267/2018, que reconhece os direitos inerentes ao paciente em fim de vida e legitima as diretivas antecipadas de vontade, além de importar um excelente mecanismo da legislação portuguesa, que é a criação do Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENTEV). Há ainda o Projeto de Lei 149/2018, que também tramita no senado, mas através de parecer, foi apresentado substitutivo em favor do Projeto de Lei 267/2018, uma vez que os temas deste, segunda a relatora, são mais adequados e abrangentes.

Ante o exposto, é completamente possível a aplicação das diretivas antecipadas de vontade no direito brasileiro, uma vez que está plenamente de acordo com as normas constitucionais e fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se com esse artigo levantar a discussão acerca das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro por meio da institucionalização do testamento vital e do mandato duradouro, fundamentando o direito a morte digna do enfermo na doutrina de direitos humanos, que garante a autonomia privada do paciente e a integridade de sua dignidade, pois todo indivíduo acometido de moléstia grave e incurável também é sujeito de direito, devendo ter sua autonomia privada respeitada.

Nesse sentido, faz-se mister que o mesmo Estado que estabelece mecanismos de proteção para o início e o desenvolver da vida, assegure também sua fase final. Logo, tem que ser garantido ao paciente o direito de não sofrer ao passo que sua doença vai se agravando. E isto não se faz necessariamente via eutanásia ou suicídio assistido, pois estas práticas não são permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro; mas se faz, por exemplo, por um direito que já é assegurado pela Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina e pela Lei 10.241/99 do Estado de São Paulo, que é o direito a ortotanásia.

A ortotanásia está intimamente ligada aos cuidados paliativos, que tem por finalidade prover qualidade de vida ao enfermo, aliviando suas dores, preparando a família para os processos pertinentes a doença e o eventual luto familiar.

Faz-se mister ressaltar que a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina não é uma norma legal, pois não tem força de lei. Sendo assim, não é de cunho obrigatório em território nacional. A norma atinge apenas a classe médica, para caso se deparem com uma diretiva antecipada de vontade, apliquem-na de acordo com a ética médica.

Entretanto, a legislação brasileira não apresenta óbices quanto a elaboração do testamento vital, pois trata-se de um direito legítimo e autônomo do paciente, faltando apenas sua regulamentação a fim de gerar segurança jurídica. Nessa esteira, o paciente que deseja instruir documento nos moldes do testamento vital ou do mandato

duradouro, não está impedido, inclusive esse direito foi reconhecido pela pouca jurisprudência presente no ordenamento pátrio e que aqui foi exposta.

Portanto, é completamente possível a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa mora legislativa em elucidar de vez uma questão que já produz efeitos, embora não seja legislativamente efetivada, apenas demonstra a característica positivista do Direito Brasileiro, que precisa de leis para regulamentar toda e qualquer situação. Entretanto, a mora legislativa não pode afetar os pacientes e negar-lhes os seus legítimos direitos. O processo pelo qual um enfermo acometido de doença grave e incurável já é demasiado grande, para ser negado a ele o seu “último” ato de vontade.

Dessa forma, hoje, as diretivas antecipadas de vontade devem ser aplicadas no que tange a ortotanásia, porém, não pode a legislação brasileira fechar os olhos e fingir que a eutanásia e o suicídio assistido não existem. Assim como foi exposto no presente estudo, o direito à vida não é absoluto, logo, o ordenamento jurídico não pode taxar estes meios apenas como ilegais e ignorá-los. Pelo contrário, pelo curto histórico brasileiro do estudo do tema, é imprescindível que o instituto continue sendo objeto de pesquisa, intenso estudo, debates e audiências públicas, pois a população precisa ser ouvida.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **O Homem perante a morte**, 2. ed. Portugal. Publicações Europa-América, LDA. 2000, V.1.

BARROSO, Luiz Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida**. Disponível em <www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf> Acesso em: 28 maio. 2019.

BASÍLIO, Ravana Medeiros Costa. **A vigência das diretivas antecipadas de vontade em relação a vida e a morte digna**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 528 aprovado pela V Jornada de Direito Civil em novembro, 2011**. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 149/2018**. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&disposition=inline>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 267/2018**. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7737732&disposition=inline>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação nº 70042509562**. Disponível em: < https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70042509562&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70054988266**. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70054988266&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 14 jul. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHEHUEN NETO, José Antônio et al. Testamento vital: o que pensam profissionais de saúde? **Revista Bioética**, [S.L.], vol. 23, n.3. 2015. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0572.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética Médica**: Resolução nº 1.931/2009. 17 set. 2009. Disponível em: < <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Diário oficial da União, Brasília, 28 nov. 2006. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012**. Diário Oficial da União, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n 2.232/2019**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 set. 2019. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 03 nov. 2019.

CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E BIOMEDICINA. **Convênio de Oviedo**. 04 abr, 1997. Disponível em: < <http://www.arsalentejo.minsaude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf> >. Acesso em: 02 nov. 2019.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jeffers on Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

G1. **Bem estar**: entrevista com Ana Michele, portadora de câncer de mama metastático. 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/cuidado-paliativo-nao-e-sobre-morrer-e-sobre-como-querer-viver-ate-la-conheca-a-ana-michelle.ghtml>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

KANT, Imanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Paulo Quintanela. Lisboa: Edições 70. 1995.

PALIATIVO. **Panorama dos Cuidados Paliativos no Brasil**. Disponível em: <<https://paliativo.org.br/wp-content/uploads/2018/10/Panorama-dos-Cuidados-Paliativos-no-Brasil-2018.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? Editora Loyola: São Paulo, 2001.

_____. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. In. SANTOS, Franklin Santana. **Cuidados paliativos**. Belo Horizonte: O Ateneu, 2009.

PICCINI, Cleiton Francisco et al. Testamento vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. **Revista Bioethikos**, São Paulo, vol. 5, n. 4. 2011. Disponível em: <<https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A4.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2019.

PORTUGAL. **Código Penal**. 15 de março, 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

PORTUGAL. **Código Deontológico de Ordem dos Médicos de Portugal**. Disponível em: <<https://ordemdosmedicos.pt/revistas/ROM6.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

PORTUGAL. **Lei n. 25 de 16 de julho de 2012**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>>. Acesso em: 04, nov. 2019.

SANTOS, Franklin Santana. **Cuidados Paliativos**: discutindo a vida, a morte e o morrer. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2009.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.224/1999** de 17 de março de 1999. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 231/18**. Disponível em:< <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/12/PL-2312018-SP.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVIO, Eduardo Valente. **Diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida**: Um estudo à luz do Direito Penal. 2014. Mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo.

URUGUAY. **Ley 18.473/2009**. Voluntad Anticipada. Disponível em:< <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1667126.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

WHO. **Paliative Care**. Dispõe sobre o conceito de cuidados paliativos e seus benefícios. Disponível em:< <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

**A MULTIPARENTALIDADE NO REGISTRO CIVIL:
o dever na prestação de alimentos**

Raíssa Mello Batista¹

RESUMO

No presente artigo, será abordado sobre a evolução das famílias na sociedade e seus reflexos através disso. A multiparentalidade no registro civil valorizou a prestação de alimentos dos alimentados, tendo em vista, que não será possível que nenhuma das pessoas que possuem o poder familiar reconhecido, se escusem do pagamento de eventual pensão alimentícia, pois não há uma hierarquia entre eles e tão somente uma visão positiva para os filhos, pautada no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, buscando sempre o bem-estar. Portanto, esse artigo acadêmico tem como finalidade analisar os reflexos em relação a prestação de alimentos na multiparentalidade, devido a evolução dos conceitos de família, que geram efeitos jurídicos.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Prestação de Alimentos. Evolução das Famílias.

**MULTIPARENTALITY IN CIVIL REGISTRATION:
duty on food supply**

ABSTRACT

In the present article, it will be addressed about the evolution of families in society and its consequences through it. Multiparenting in the civil registry valued the provision of food for the fed, given that it will not be possible for any of the persons with recognized family power to excuse the payment of any alimony, because there is no hierarchy between them and so only a positive vision for the children, based on the Principle of Best Interest of Children and Adolescents, always seeking well-being. Therefore, this academic article aims to analyze the reflexes regarding the provision of food in multiparenting, due to the evolution of family concepts, which generate legal effects.

Keywords: Muliparenting. Food supply. Family's Evolution.

INTRODUÇÃO

Este artigo enfoca sobre a multiparentalidade no registro civil, em especial aos direitos e deveres que os pais e as mães devem ter na relação com os seus respectivos

¹ Graduada do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas.

filhos, tendo em vista que o reconhecimento da multiparentalidade, que é uma relação socioafetiva, não exime as responsabilidades jurídicas que decorrem dela.

Esse tema é importante por haver uma grande mudança no conceito famílias no Brasil e grande índice de ações de alimentos no Poder Judiciário conforme levantamento feito em 2018 pelo jornal O GLOBO, que se pautou pela quantidade de ações de alimentos que geram, inclusive, a prisão do alimentante. Tal levantamento, avaliou que, aproximadamente cem mil pessoas no país, passam por essa situação.

Neste levantamento, foram avaliados dez estados, quais sejam, Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Tal levantamento foi baseado através do portal do Conselho Nacional de Justiça, onde consta, que, tramitam cerca de 104 mil processos de cobrança.

Em paralelo, o Ministro Relator Luiz Fux, em plenário do Supremo Tribunal Federal, em 22/09/2016, por maioria dos votos, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, fixaram a tese que a multiparentalidade socioafetiva, seja ela declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento de filiação concomitante, baseado na origem biológica, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, os pais devem assumir suas responsabilidades sobre os filhos.

Desta forma, independe a origem dos pais, seja ela biológica ou não, devem fornecer alimentos aos seus filhos, mesmo que conste no registro civil do alimentado, o sobrenome de outra mãe ou de outro pai. O lado positivo desse posicionamento jurídico é a proteção total do descendente, prevalecendo o seu bem-estar, sua felicidade e todos os seus interesses, devendo ter por parte de seus pais, o zelo, e obviamente, o amparo financeiro.

Diante disso, não será possível que um pai ou uma mãe socioafetiva venha se escusar do pagamento de eventual pensão alimentícia se baseando na ausência do vínculo biológico, visto que desde o momento em que há o reconhecimento da paternidade ou maternidade, leva consigo todas as obrigações inerentes aos seus filhos. Ou seja, os alimentos serão partilhados entre os pais biológicos e socioafetivos dentro da igualdade de condições.

Assim, os objetivos desse artigo é debater sobre os novos modelos de família existentes em nossa sociedade e analisar que a multiparentalidade é uma forma de garantir o direito à felicidade aos indivíduos, seja dos filhos, como dos pais. Diante

disso, devemos destacar que os pais têm a obrigação de prestar alimentos como uma forma de cumprir suas responsabilidades decorrentes do vínculo, seja biológico, seja afetivo. É notório que para a vivência com dignidade de um filho, ele deve usufruir de um bem-estar que inclui saúde, educação, alimentos, roupas, lazer, etc.

Não devemos relacionar alimentos só com alimentação, mas sim com todas as necessidades que um filho precisa. Para fundamentar essas necessidades, basta verificarmos o preceito constitucional que assegura às crianças e aos adolescentes o direito à vida, educação, lazer, saúde, alimentação, cultura, e, principalmente, a dignidade. Diante da multiparentalidade, convém enxergarmos que isso aumenta o número de pessoas que possam prestar assistência financeira, gerando melhores condições para as crianças ou adolescentes do caso.

Não devemos comparar os pais e as mães socioafetivos com os biológicos, pois a figura destes deve ser considerada como uma igualdade, por possuírem os mesmos direitos e deveres, a fim de resguardarem tão somente o interesse dos filhos.

1. DIREITOS E DEVERES DAS FAMÍLIAS

As relações familiares são constituídas através de uma escolha que o indivíduo faz para sua vida. Diante disso, surge o poder familiar que acarreta consigo, direitos e deveres dos pais com os seus filhos, o que significa responsabilidades que devem cumpridas por estes. Nesta relação, deve haver constante respeito e reciprocidade, principalmente, no tocante ao cumprimento dessas obrigações e exercício dos deveres.

O próprio artigo 1.634 do Código Civil dispõe que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Ainda, sobre o mesmo assunto, o artigo 22 da Lei 8.069/90, dispõe sobre os deveres que os pais devem exercer com os seus filhos:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

A nossa própria Constituição Federal, em seu artigo 229, dispõe sobre essa reciprocidade que deve haver entre pais e filhos:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A família não é uma questão somente conceitual, a família gera efeitos jurídicos, que constituem os direitos e também os deveres dentro de uma sociedade, entre eles, incluem o direito de visita e guarda, aos alimentos, direito sucessório, e até mesmo, direito previdenciário, etc.

2. NOVOS MODELOS FAMILIARES

No passado, o conceito de família era restringido aos vínculos biológicos baseados no casamento civil, ou seja, os filhos havidos fora do casamento e adotados não eram reconhecidos, gerando um tratamento diferente entre eles.

Porém, com a evolução desse conceito de família, tendo em vista as mudanças dos diversos tipos de família existentes atualmente, o Direito deve se adaptar aos aspectos sociais, resguardando todos em patamar de igualdade. A sociedade se modificou, e hoje, reconhece o vínculo socioafetivo como um parentesco civil. O que define a família, agora, é a presença de um vínculo afetivo que une as pessoas. Por isso, devemos ter cautela ao delimitar esse conceito familiar.

Hoje em dia, baseado nas palavras de Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann (2015, p.1):

A família passou por uma transformação e agora deve ser tratada no plural, ou seja, as famílias. Afinal, de um lado existe a questão biológica que é comprovada por meio laboratorial e de outro lado, há a filiação socioafetiva

que é decorrente dos laços familiares que são construídos na história de cada indivíduo, gerando a maternidade ou paternidade.

Nesse ponto, verifica-se que não seria possível delimitar um conceito único de família. Como bem observou Williane Sara: “A família dos dias atuais possui como premissas: o afeto e a dignidade da pessoa humana, e vai além de um meio familiar constituído pelo casamento e unido pela herança genética, agora, são os laços afetivos que determinam as relações familiares” (SARA, 2018, p. 1).

Portanto, pode-se compreender a expressão “família” como um gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito. O referido artigo 226 da Constituição Federal, mas especificadamente nos §§ 1º a 4º, dispõe sobre três categorias de família, o casamento, a união estável e o núcleo monoparental:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ou seja, analisa-se que o conceito de família não é uma matriz única de entendimento, pois a Constituição consagrou uma estrutura aberta, calcada no princípio da afetividade, permitindo, desta forma, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros modelos familiares socialmente construídos.

Nesse sentido, Paulo Lôbo apud Pablo Stoze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 1205):

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Desta forma, avalia-se o conceito de família como um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes.

3. PARENTESCO SOCIOAFETIVO

Não vivemos mais em uma sociedade em que o legislador estabelecia presunções quase intransponíveis de presunção de filiação, baseada no matrimônio.

Nos dias atuais, as presunções resultantes do casamento, vistas quando estudamos o art. 1597, afiguram-se, obviamente, relativas, admitindo o controle judicial.

Surgindo o exame de DNA, a análise científica genética dos pais passou a ser um fato determinante para o reconhecimento da filiação. Contudo, sem menoscarmos a importância deste exame, deve-se avaliar: ser genitor é o mesmo que ser pai ou mãe?

Pensa-se que não, afinal, a condição paterna ou materna vai muito mais além do que a situação biológica. Portanto, o que vivenciamos hoje, é reconhecimento da grande importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem um grau de hierarquia, sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva, ou seja, existem situações que a filiação é construída ao longo do tempo, com base na socioafetividade, independente do vínculo genético.

O vínculo do coração é reconhecido pelo Estado independente do vínculo sanguíneo, reconhecendo desta forma a paternidade/maternidade socioafetiva. Nessa linha, verifica-se o reconhecimento de uma pluralidade de laços afetivos, com a eventual admissão de uma multiparentalidade.

Destaque-se, que, o Enunciado n. 341 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal expressamente reconheceu o instituto nos seguintes termos: “Para os fins do art. 1696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Ou seja, a socioafetividade não exclui as obrigações decorrentes do poder familiar, da posse do estado de filho, gerando, assim, todos os efeitos jurídicos pertinentes da filiação. É o reconhecimento de novas modalidades de constituição de família e filiação, que se vislumbra um Direito de Família mais humano e solidário.

3.1 Multiparentalidade

A visão tradicional sobre a filiação é no sentido de que o seu reconhecimento resultaria em uma dual perspectiva de parentalidade: o(os) filho(os) vinculam-se a um pai e a uma mãe. Porém, esta não é uma verdade absoluta.

O tema multiparentalidade, qual seja, uma situação em que um indivíduo tem mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produz efeitos jurídicos em relação a todos eles, sem grau de hierarquia.

E, felizmente, a justiça brasileira não tem fechado os olhos para isso.

Uma decisão da 5ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia publicada no dia 11 de setembro de 2019, determinou que uma adolescente 12 anos pudesse incluir nos seus documentos, os nomes de seus pais biológicos e de seus tios-avós, visto que cuidam da adolescente desde os seus dois anos, fornecendo moradia, criança e bem-estar. Desta forma, essa decisão reconheceu a multiparentalidade na certidão de nascimento, fazendo com que, a adolescente possa afirmar ter, juridicamente, dois pais e duas mães. (Assessoria de Comunicação do IBDFAM, 2019).

Ainda sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e de acordo com o voto do relator, Ministro Luiz Fux, caberá ao filho, de acordo com o seu próprio interesse, avaliar e decidir se mantém, em seu registro civil, apenas o pai/mãe socioafetivo ou ambos, socioafetivo e biológico.

Portanto, mesmo que não se tenha construído um vínculo de afetividade com o seu genitor, terá o direito de fazer constar o seu nome em seu registro, ainda que seja para fins econômicos, a exemplo de fazer jus à sua herança ou pensão alimentícia.

No tocante a pensão alimentícia, a sua fixação sempre observará, por óbvio, o princípio da proporcionalidade e o binômio necessidade x capacidade, ou seja, poderá existir dois legitimados passivos.

3.1.1 O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Diante da ampla aceitação, seja a maternidade ou a paternidade socioafetiva, surge o provimento 63/2017 do CNJ que facilita o reconhecimento de uma filiação através da consanguinidade. Através desse provimento, os pais podem reconhecer de forma voluntária e extrajudicial, a parentalidade socioafetiva.

Ou seja, esse reconhecimento deverá ser feito perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais, se tornando um ponto positivo não somente para os pais que anseiam estar ao lado de seus filhos, mas também para o Poder Judiciário, visto que não há a necessidade de provocar as varas de família e da infância e juventude.

Uma vez havendo o reconhecimento voluntário da maternidade ou paternidade socioafetiva, esta será irrevogável, somente sendo possível tal ato pela via judicial quando se tratar de fraude, simulação ou vício da vontade.

Esse reconhecimento pode ser processado em qualquer Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, ou seja, podendo ser diverso do local de origem do assento original de nascimento.

Outra questão importante pautada nesse provimento é a possibilidade de discussão sobre a verdade biológica através de via judicial. Ora, uma vez que o indivíduo tenha um pai ou mãe socioafetivo, não obstará que se pleiteie seu vínculo de relação com o seu ascendente biológico, para todos os efeitos jurídicos, inclusive alimentares.

Contudo, no dia 14 de agosto de 2019, foi editado o Provimento de nº 83/2019, que altera alguns pontos do anterior Provimento n. 63/2017, mais precisamente em relação ao tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

A primeira alteração se dá no art. 10 do Provimento n. 63, onde limita-se o reconhecimento extrajudicial quanto ao critério etário, estipulando que este só ocorrerá com as pessoas acima de 12 anos, ou seja, atingindo somente os adolescentes. Além disso, neste mesmo artigo, houve o acréscimo de uma alínea “a”, estabelecendo alguns critérios para que se configure a parentalidade socioafetiva que deverá ser estável e exteriorizada socialmente. Nota-se que o registrador deverá verificar a existência de um vínculo socioafetivo, apurando três critérios, quais sejam o tratamento, a reputação e o nome. Contudo, a ausência desses documentos não impedirá o registro do vínculo, desde que haja uma justificativa da impossibilidade.

O ônus de provar tal afetividade, cabe àquele(a) que deseja o registro, admitindo-se todos os meios de provas em Direito admitidos.

Outra grande alteração, de bastante relevância, se dá no art. 11, em seu §4º, que dispõe sobre a necessidade do consentimento do filho para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, quando este for menor de 18 anos. O §9º também incluído neste art. 11 do Provimento n. 63, demonstra a participação do Ministério Público em relação ao registro. Ou seja, este somente será realizado pelo registrador após o parecer favorável deste Órgão. Se este for desfavorável, o registrador não irá proceder o registro, comunicando o ocorrido ao requerente e arquivando o expediente.

Por fim, a última alteração se deu no art. 14, onde somente se permite atualmente a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja ele do lado paterno, seja ele do lado materno. Uma vez desejando a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo, deverá acionar o Poder Judiciário através de uma ação específica para tal reconhecimento.

Pensa-se que o novo Provimento n.83 do CNJ visou aperfeiçoar o anterior, buscando reduzir burocracias e optando por facilidade através da extrajudicialização.

4. PRÍNCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA E AFETIVIDADE

Com o surgimento dessa nova modalidade de família, qual seja, a multiparentalidade, podemos destacar dois princípios importantes que são tomados como base, inclusive, para julgados, visto que são mencionados corriqueiramente.

O Princípio da Dignidade Humana possui um grau de importância tão elevado que está disposto no primeiro artigo da Constituição Federal, onde são citados todos os fundamentos de um Estado Democrático de Direito:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Vislumbra-se que há uma grande evolução do Direito visando o bem estar do indivíduo, ou seja, todos devem gozar de uma dignidade dentro da sociedade, sem distinção social e econômica, não importando a cor, raça, gênero, religião, etc.

Portanto, a multiparentalidade é um grande exemplo da efetivação deste princípio, pois, nota-se que o próprio indivíduo opta pela forma que irá construir sua família, visando o seu bem-estar e sua vida digna. A formação de uma família deve ser voluntária e o Direito estaria ferindo a dignidade se negasse essa condição, pois estaria agindo de forma discriminatória.

Nos dias atuais, deve-se dar tratamento igualitário para as diversas formas de filiação, pois todas as formas de constituição de família possuem igualdade de direitos dentro da nossa Constituição Federal e do nosso Código Civil, formando assim, uma sociedade mais justa e mais solidária.

Diante disso, conseguimos visualizar a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana correlacionado com a multiparentalidade através de julgado recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Apelação cível. Investigação de paternidade. Paternidade biológica em concomitância com paternidade socioafetiva e registral. Alteração no registro civil para adequá-lo à multiparentalidade reconhecida nos autos. Sentença que julgou procedente o pedido e reconheceu a paternidade biológica do autor, deferindo, de imediato, a guarda compartilhada da criança aos três: pai (w.h.s.) e mãe biológica e pai socioafetivo (g.s.v.), além da visitação do ora apelante (w.h.s.). Recurso do autor, pai biológico (w.h.s.), pela reforma da sentença apenas para excluir o seu dever de guarda compartilhada, mantendo-se, no entanto, a visitação tal como lançada na sentença. A multiparentalidade ou pluriparentalidade é um fenômeno caracterizado pelo estabelecimento, de maneira não excludente, de laços biológicos e afetivos que culminam com desenvolvimento de vínculos parentais fundados na socioafetividade e na origem biológica concomitantes. Manifestação social que tem resguardo constitucional no postulado da dignidade da pessoa humana e no seu desdobramento de direito à busca da felicidade. Carta constitucional que confere especial proteção a todas as entidades familiares, na forma do seu art.226, mesmo àqueles modelos diversos dos tradicionais. Família que, como base da sociedade, deve ser protegida de qualquer discriminação, já que o seu sentido maior perpassa pela sua capacidade de propiciar ao ser humano, em especial àquele ainda em formação, o suporte moral, ético, cívico e afetivo, independentemente de seu formato, mais ou menos, tradicional aos ditames da sociedade. Descabida diferenciação de tratamento entre os filhos naturais e os adotivos (§6º do art.227 da cr/88) que pressupõe, de igual modo, a inexistência de qualquer hierarquia entre a parentalidade biológica e a parentalidade socioafetiva. Princípio da paternidade responsável, invocado, expressamente no art.227, § 7 da cr/88 que proclama que todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Entendimento sufragado pelo e.stf no bojo do re com repercussão geral nº 898.060 de que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". Pleito recursal de reforma da sentença no capítulo que deferiu ao pai biológico a guarda compartilhada entre a mãe biológica e o pai socioafetivo. A guarda judicial, medida que tem por finalidade a regularização de situação jurídica de crianças ou adolescentes, não se confunde com o poder familiar como dever jurídico que pressupõe sustento, guarda e educação dos filhos pelos pais. Evidente preocupação do legislador pátrio na edição da lei nº 11.698/08 de estimular a guarda compartilhada, conforme se extrai da leitura do § 1º art.1584 do cc/2002. Todavia, consoante salutar alteração, inaugurada pela lei nº 13.058/14, ao § 2º do mesmo art.1584 do cc/02, a guarda compartilhada, ainda que incetivada pelo magistrado, não será aplicada na hipótese de o genitor declarar expressamente seu desinteresse na medida. Princípio do superior interesse da criança. Entendimento do ministério público no mesmo sentido, assim como o consignado pelos réus em contrarrazões. Reforma na sentença neste tocante. Quanto ao pedido de fixação da guarda compartilhada entre a mãe biológica e o pai socioafetivo esta se mostra descabida e, até, despicienda, uma vez que ambos vivem sob o mesmo teto com a criança, desempenhando, assim, de forma plena a guarda de fato decorrente do próprio exercício do poder familiar. Exegese do § 1º do art.1583 do cc/02, a contrario sensu. Provimento do recurso para reformar parcialmente a sentença, apenas para revogar a guarda compartilhada estabelecida entre o pai biológico, a mãe biológica e pai socioafetivo do menor,6 restabelecendo-se, conseqüentemente, a guarda plena, exercida em decorrência do poder familiar, pelos pais que residem com a criança (mãe biológica e pai socioafetivo), mantendo-se, no mais a sentença. (Apelação Cível, 0282687-

28, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Des(a). Inês da Trindade Chaves de Melo - Julgamento: 08/08/2018)
(TJ-RJ - AC: 0282687-28 RJ, Relator: Des(a). Inês da Trindade Chaves de Melo, Data de Julgamento: 08/08/2018, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 10/08/2018).

É notório que no julgamento acima que reconheceu a multiparentalidade, o Tribunal se baseou no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como uma forma de garantir que todo indivíduo exerça a sua dignidade de forma plena.

Já o Princípio da Afetividade, tem sua grande importância já que está ligado à afetividade, ao amor e se torna mais forte no Direito de Família, visto que são elementos essenciais para uma relação familiar.

Como já vislumbrado anteriormente, o atual conceito de família é diretamente ligado à afetividade, ou seja, sua formação é através do liame socioafetivo que se torna responsável pela vinculação entre os membros pertencentes àquela família, respeitando-se as individualidades.

Foi através da busca pela aplicação deste princípio que foram reconhecidas as diversas formas de família. E assim, reconhecido que as pessoas que formam uma família, são ligadas pelo afeto e não apenas pela sua sexualidade, ou vínculo biológico.

De forma geral, nota-se que a nossa Constituição Federal não apresenta o princípio da afetividade uma forma explícita, contudo, por ser um princípio basilar de uma relação familiar, é considerado como um princípio implícito na Constituição, visto que, vem se materializando por meio de julgados dos tribunais de todo o país.

Nesse sentido, ressaltamos dois princípios do Direito de Família, um expresso e um implícito, que no caso, é o da afetividade. Isso nos faz enxergar que na medida que a sociedade evolui, surgem novas interpretações que visam se adequar com a realidade atual, de forma que alcance decisões eficazes para todos os indivíduos de forma igualitária.

Portanto, observa-se que o Princípio da Afetividade ganhou um espaço valioso dentro do Direito de Família, pois atualmente passou a ser essencial no âmbito jurídico, uma vez que as relações socioafetivas podem, inclusive, se sobrepor sobre as relações biológicas, se este for o melhor interesse do menor envolvido.

5. ALIMENTOS

Quando se menciona a expressão “alimentos”, é comum que se faça uma correlação com “alimentação”, no sentido dos nutrientes fornecidos e adquiridos através da comida. Contudo, o termo “alimentos” na acepção jurídica é muito mais amplo do que imaginamos.

Portanto, juridicamente, quando se trata de alimentos, simboliza-se todo o conjunto de prestações necessárias para a vida digna do indivíduo.

Podemos visualizar esse conceito dentro do nosso próprio Código Civil:

Art. 1694: *Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

A prestação alimentar encontra apoio também no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e, como já mencionado no tópico anterior, é um princípio que se torna base em todo ordenamento jurídico, e principalmente, nas relações familiares.

Os alimentos que devem ser prestados, são decorrentes do parentesco ou da relação familiar, qual seja, a matrimonial, a união estável e não se vislumbra impedimento para incluir as novas modalidades de famílias existentes na sociedade, visto que adotam os mesmos direitos e deveres.

Desta forma, pode-se compreender alimentos como todas as prestações necessárias para a vida digna do indivíduo, abrangendo necessidades físicas, jurídicas, morais, como o sustento, habitação, lazer, saúde, educação, vestuário, etc.

5.1 A Efetivação da Prestação de Alimentos na Multiparentalidade

Quando se trata sobre a prestação de alimentos na multiparentalidade, não há que se falar em forma diversa de se prestar alimentos somente por ser uma relação multiparental, ou seja, pautada na socioafetividade. Os alimentos que deverão ser prestados na multiparentalidade, devem ser baseados na lei de alimentos vigente em nosso país, sem qualquer discriminação.

E por isso, essa interpretação não muda no tocante aos pais e mães. Ou seja, a prestação entre os pais e filhos é recíproca, desta forma, todos os pais e mães

envolvidos na multiparentalidade poderão prestar alimentos aos seus filhos, bem como esses filhos poderão prestar alimentos aos seus pais.

O diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Ricardo Calderón, destaca que os direitos sucessórios, no caso, a pensão alimentícia, tem gerado algumas discussões, porém sustenta a tese que: “a multiparentalidade traz consigo todos os efeitos, mas o princípio da igualdade é a diretriz”.

O dever da prestação de alimentos em uma relação familiar decorre do princípio da solidariedade que está consagrado no artigo 229 da nossa Constituição Federal e possui também uma regulamentação nos artigos 1.694 e seguintes do nosso Código Civil. O artigo 1696 por sua vez dispõe sobre a reciprocidade entre os pais e filhos no dever de prestar alimentos. Observa-se que quando mencionado “pais”, não há uma restrição de biológico ou afetivo: “**Art. 1696.** O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Já no artigo 1.698 dispõe sobre a possibilidade de chamar demais devedores ao processo, na medida em que todos sejam obrigados a prestar alimentos, devendo cada um concorrer com a sua possibilidade e recursos:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Podemos citar também o artigo 1.700 que nos demonstra o que já havia sido esclarecido anteriormente, qual seja, que da mesma forma que o filho possui a garantia de alimentos pela mãe ou pai afetivos, deve-se também prestá-los se caso for necessário e estiver na condição de herdeiro do suposto devedor: “**Art. 1.700.** A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

Desta forma, a multiparentalidade possui um ponto positivo para o menor, visto que ocasiona múltiplos devedores que deverão prestar alimentos que supram a necessidade do alimentado. Assim, essas relações de parentalidade permitem que o alimentado receba alimentos de mais de um pai ou de uma mãe, ou seja, estes devem proporcionar amparo, zelo, e prestação de alimentos. Vale ressaltar que, quando esses

pais e/ou mães estiverem em dependência financeira, os filhos que deverão prestar tudo isto que fora mencionado anteriormente.

Para a advogada Maria Luiza Gazzaneo Cabral, na filiação multiparental, o alimentado poderá requerer alimentos de qualquer pai ou qualquer mãe, ficando desta forma bem claro a possibilidade de um desenvolvimento melhor do menor. (CABRAL, 2019, p.1).

Com base nisso, observa-se que na responsabilidade alimentar não se pode excluir a obrigação de ambos os lados, nem dos pais biológicos, nem dos pais socioafetivos.

Sobre este tema, Correia (2017, p. 80) defende que:

Assim, caberá aos pais socioafetivos tanto quanto os biológicos, em relação aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder ou negar a eles consentimento para casar; nomear tutor por testamento ou documento autêntico, representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte.

Quando se aborda a efetivação no Direito, a melhor forma de demonstrar a sua prática é através de decisões recentes que tratam sobre o assunto que estamos debatendo. A seguir, será exposto duas recentes decisões que mostram os dois lados, qual seja, biológico e afetivo.

Assim, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. MAJORAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. PLEITO RECURSAL DE REDUÇÃO DO VALOR DO ENCARGO. FILHA MENOR DE IDADE. ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. DESCABIMENTO. O fato de ter sido reconhecida a paternidade socioafetiva entre a menor e o companheiro de sua genitora em nada interfere na análise do quantum devido pelo pai biológico a título de alimentos. Isso porque o reconhecimento formal do vínculo afetivo não desincumbe o pai biológico dos deveres inerentes à paternidade, dentre eles, o de prover o sustento dos filhos menores de idade. A revisão de alimentos somente se justifica quando comprovada alteração do binômio necessidade/possibilidade. A obrigação deve ser fixada na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, o que significa dizer, por outras palavras, que os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade-possibilidade, visando à satisfação das necessidades básicas dos filhos sem onerar, excessivamente, os genitores. A comprovação do advento de nova prole, por si só, não afasta o dever de manter os alimentos no patamar fixado na sentença, porquanto não há no caderno processual qualquer elemento de prova acerca da atual situação financeira do alimentante. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70082578170, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 30-10-2019).

(TJ-RS - AC: 70082578170 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 30/10/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 01/11/2019).

E o Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL – Divórcio cumulado com Alimentos – Sentença de improcedência – Réu revel – Insurgência dos autores – Acolhimento em parte. ALIMENTOS A EX-CÔNJUGE - Co-autora que foi casada com o réu entre 09.05.2008 e janeiro de 2015, quando se separaram de fato, certo de que ela já tinha um filho de relacionamento anterior – Alimentos requeridos pela ex-esposa - Obrigação alimentar entre ex-cônjuges que deve ser instituída e mantida somente em situações excepcionais - Conjunto probatório que não evidencia, com convicção, a necessidade alegada pela ex-esposa, inexistindo prova de incapacidade laborativa ou outro fator que justifique a imposição do encargo ao ex-marido – Pedido improcedente. ALIMENTOS AO ENTEADO – Alegada socioafetividade entre o co-autor e o réu – Configuração – Pai biológico do autor que faleceu prematuramente, certo de que ele não conta com o auxílio financeiro de qualquer dos parentes de seu pai, embora já ajuizadas ações de alimentos para este fim – Provas dos autos apontando que o réu sempre tratou o autor como filho, nutrindo grande estima e afeto – Réu que desempenhou a função de pai em fase importante da vida do menor, entre os 06 e 13 anos de idade dele – Alimentos que, em decorrência da paternidade socioafetiva, são devidos – Ausência de elementos acerca dos rendimentos do réu – Única informação constante dos autos é de que ele atua como advogado, em escritório próprio de advocacia – Obrigação que, diante disso, deve ser arbitrada nos termos da jurisprudência assente sobre o tema, em 1/3 dos rendimentos líquidos do alimentante, se trabalhando formalmente, e em 1/3 do salário mínimo para o caso de desemprego ou trabalho informal – Sentença reformada apenas para reconhecer a paternidade socioafetiva e estabelecer alimentos em favor do menor – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(TJ-SP - AC: 10074968320168260590 SP 1007496-83.2016.8.26.0590, Relator: Rodolfo Pellizari, Data de Julgamento: 01/11/2019, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/11/2019)

Verifica-se que a busca é sempre atender o melhor interesse do alimentado, a fim de que o mesmo mantenha um padrão de vida que possa suprir todas as suas necessidades. Na medida em que a surjam novos tipos de família, novas decisões devem se moldar para que a dignidade do alimentado seja sempre preservada.

CONCLUSÃO

Com o fim da pesquisa, comprovou-se que novas formas de filiação e novos modelos familiares surgiram, alterando o conceito de família e acarretando consigo mudanças significativas na sociedade e no Direito. Podemos concluir que houve uma evolução social que buscou e atingiu o respeito à liberdade individual de cada indivíduo, que opta pela sua forma de viver. E a melhor forma de comprovar isso, é perceber que a multiparentalidade é reconhecida e respeitada em nosso âmbito jurídico.

Sempre quando se tratar de um assunto no que tange ao Direito de Família, deve-se lembrar dos princípios que são norteadores e foram fundamentais para o reconhecimento dos diversos tipos de família. Principalmente o Princípio da Afetividade que ganhou um grande espaço e através da multiparentalidade, se materializou. Então, a multiparentalidade que é um grande exemplo de efetivação de felicidade das pessoas que compõem a sociedade.

Para que ocorra o desenvolvimento saudável do menor, este deve usufruir de amor e atenção, mas que são materializados através de alimentos, abrangendo neste sentido, a saúde, educação, lazer, alimentação, vestuário, etc.

Surgindo a multiparentalidade como uma nova concepção de família, o dever de nutrir todas essas necessidades do alimentado será de todos aqueles que detém o poder familiar. E nossa doutrina e jurisprudência atual não fecham os olhos para isso, afinal, durante a pesquisa verificamos que com o reconhecimento da família socioafetiva não se hierarquiza com verdade biológica. Ou seja, o tratamento será igualitário. Uma vez havendo o reconhecimento da multiparentalidade, os pais e as mães envolvidos nesta filiação, acarretarão consigo todos os direitos e deveres jurídicos que deverão ter com os seus respectivos filhos, assim como os filhos deverão ter com os seus pais.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Junior Cesar; **Multiparentalidade e suas consequências**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74009/multiparentalidade-e-suas-consequencias>. Acesso em: 17 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice; Oppermann, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir**. Disponível em: [http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019.

DO NASCIMENTO, Laísa Soares; **O vínculo afetivo e o novo Direito de Família**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74405/o-vinculo-afetivo-e-o-novo-direito-de-familia>. Acesso em: 13 set. 2019.

DOS ANJOS, Laysse Emanuella Paz; **A afetividade nas relações de família – conflitos entre a paternidade socioafetiva e a biológica e algumas consequências jurídicas**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=19950. Acesso em: 17 set. 2019.

DOCTRINA PÁTRIA. **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e os seus reflexos jurídicos.** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/multiparentalidade-possibilidade-de-multipla-filiacao-registral-e-os-seus-reflexos-juridicos/>. Acesso em: 30 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolgo Pamplona. **Manual de Direito Civil.** 3ª edição. Volume Único. 2019.

IBDFAM. **Multiparentalidade: tios- avós terão seus nomes no registro civil de adolescente.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7063/Multiparentalidade%3A+tios-av%C3%B3s+ter%C3%A3o+seus+nomes+no+registro+civil+de+adolescente>. Acesso em: 11 nov. 2019.

O GLOBO. **Ao menos cem mil processos de cobrança de pensão alimentícia tramitam hoje no país.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ao-menos-cem-mil-processos-de-cobranca-de-pensao-alimenticia-tramitam-hoje-no-pais-22522436>. Acesso em: 12 set. 2019.

SARA, Williane. **A família na atualidade: Novo conceito de família e novas formações.** Disponível em: <https://willianesara21.jusbrasil.com.br/artigos/617244671/a-familia-na-atualidade-novo-conceito-de-familia-e-novas-formacoes>. Acesso em: 11 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte I.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI279029,51045-Anotacoes+ao+provimento+63+do+Conselho+Nacional+de+Justica+Parte+I>. Acesso em: 13 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte II.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI280973,11049-Anotacoes+ao+provimento+63+do+Conselho+Nacional+de+Justica+Parte+II>. Acesso em: 13 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI309727,81042-O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo>. Acesso em: 13 nov. 2019.

**ANIMAIS DOMÉSTICOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO:
objetos ou sujeitos de direito?**

Raquel Vitoria Maciel Rocha¹

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de discutir a interposição do ser humano no meio ambiente, uma vez que esses, por muitos anos, geraram uma grande destruição que, por sua vez, desencadeou a necessidade de se discutir tanto os direitos do meio ambiente como os direitos dos animais que fazem parte deste. Este artigo pretende mostrar que é importante criar uma tutela jurídica específica e diferenciada para os animais no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Direito deve evoluir junto com a sociedade e o tratamento dado aos animais pelas leis brasileiras não é justo visto que, longe de serem objetos, os animais não-humanos são seres sencientes com capacidade de se assemelhar aos animais humanos, talvez não em sapiência (sapere), que significa inteligência, conhecimento, mas sim em sciência (sentire), que significa sentir, ou seja, esses, como nós, são capazes de sentir dor e sofrimento. A partir dessa perspectiva, estabeleceu-se como objetivo geral estudar como os animais são tratados atualmente pelo Direito brasileiro, através de pesquisas mais condizentes com a dignidade animal, tendo por base doutrinas, normas, conjunto de leis, ordenamentos jurídicos internacionais e a própria evolução jurisprudencial brasileira.

Palavras-chave: animais domésticos, ordenamento jurídico, sujeitos de direito.

**DOMESTIC ANIMALS AND LEGAL ORDINANCE:
objects or subjects of law?**

ABSTRACT

This paper aims to discuss the interposition of the human being in the environment, since these for many years generated destruction, thus emerging the need to discuss the environmental rights, as well as the animals that are part of it. Thus, it is possible to observe the importance of creating a specific and differentiated legal protection for non-human animals in the Brazilian legal system, since the law must evolve along with society and the treatment given to animals by Brazilian laws does not match the reality. Nonhuman animals are sentient beings because they have the ability to resemble human animals. Sapere has the meaning of intelligence, knowledge, sentience has the meaning of feeling, that is, they are capable of feeling pain and suffering. Through this perspective, it was established, as a general objective, to study how animals are currently treated by Brazilian law, together with research more

¹ Graduada do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas.

consistent with animal dignity, based on doctrines, norms, research, set of laws, international legal systems and the Brazilian jurisprudential evolution itself.

Keywords: domestic animals, legal order, subjects of law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do tratamento ofertado aos animais domésticos no atual ordenamento jurídico, no intuito de propor um possível enquadramento destes como sujeitos de direito.

Desde os primórdios, existe a separação entre os animais humanos e os não-humanos. Os não-humanos sempre foram vistos como objetos de posse daqueles que, em uma hierarquia, se intitulam superiores a todas as raças.

Dessa forma, o presente estudo visa desconstruir e superar a visão civilista que enquadra os animais na categoria de objeto para incluí-los em uma nova condição jurídica, na qual esses possam ser possuidores de direito.

É neste momento de transição e transformação de paradigmas que o direito dos animais vem se desenvolvendo, por vezes compreendido como um ramo do direito ambiental, por outras como um novo ramo do direito que defende a ética da vida, não apenas de forma global, mas específica no que diz respeito aos animais como titulares de direitos fundamentais.

A fim de debater esse tema, o presente artigo foi dividido em 4 seções, as quais tratam especificamente das questões a seguir expostas.

A seção 1 versa sobre uma abordagem histórica relacionada ao meio ambiente e a classificação dos animais não-humanos no âmbito do Direito Civil através de decretos e leis.

A seção 2 é dedicada à análise do Código Civil e da Constituição Federal no que tange à classificação jurídica hoje existente em relação aos animais não-humanos.

A seção 3 versa a respeito dos principais diplomas legais que trazem a definição dos direitos dos animais no Direito Brasileiro, analisados pelos principais tribunais do país.

Na seção 4 é abordado o atual projeto de lei que tramita no Senado Federal, a fim de provar que os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui

generis, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, que podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa.

Portanto, diante das ideias supracitadas, é possível afirmar que o presente trabalho tem como objetivo central analisar e criticar o status jurídico dos animais no ordenamento jurídico brasileiro.

1. ABORDAGEM HISTÓRICA

Para compreender o motivo dos animais domésticos serem classificados como objetos é necessário fazer uma viagem histórica. Desde o princípio, o homem domesticou, subjugou e utilizou os animais com fins de alimentação, tração, pesquisas e entretenimento. Essa visão sempre manteve o animal humano em posição de possuidor, hierarquicamente superior a qualquer raça.

A domesticação dos animais não-humanos contribuiu para o desequilíbrio da relação entre eles e os seres humanos, fazendo crescer a idéia de que os animais existem apenas para servir.

Existe uma dificuldade em saber quando e onde começou esse processo de domesticação. Sabemos, porém, que tal comportamento começou quando o homem percebeu que poderia manipular a natureza a sua volta em benefício próprio, usando os animais não apenas como fonte de alimentação, mas também para caça esportiva, para transporte, tração e segurança, por exemplo, tendo-os sempre à sua disposição. Podemos citar entre os primeiros e principais animais domesticados os lobos, ovelhas, porcos e os gados.

Pesquisas apontam que os primeiros animais domésticos foram os lobos asiáticos, por volta de 12 a 18 mil anos atrás, no sudoeste da Ásia, na China e na América do Norte. Segundo o biólogo e fisiologista americano Jared Diamond, foi a evolução do longo trabalho de domesticação dos lobos que nos trouxe aos cães domésticos que hoje conhecemos (Redação Mundo Estranho). Inicialmente os cães eram usados principalmente para a caça, sendo usados ao longo do tempo não apenas como mão de obra, mas também como companhia para as pessoas. Os cães são atualmente os animais domésticos mais comuns no Brasil, chegando a um total de 54,2 milhões de cães, conforme números levantados pelo IBGE e atualizados pela inteligência comercial do Instituto Pet Brasil, em 2018 (Censo Pet).

Os principais animais de estimação são cães e gatos, embora outros se encaixem nessa categoria, tais como: aves, porcos, hamsters, porquinhos da índia, e até mesmo outros considerados mais exóticos, como cobras, aranhas, camaleões etc. Os últimos dados do IBGE, a saber, ano 2018, apontam 39,8 milhões de aves; 23,9 milhões de gatos; 19,1 milhões de peixes e 2,3 milhões de répteis e pequenos mamíferos. A estimativa total chega a 139,3 milhões de animais de estimação. A maioria é de cachorros (54,2 milhões) e felinos (23,9 milhões), num total de 78,1 milhões de animais. Desses, 5% são Animais em Condição de Vulnerabilidade (ACV), o que representa 3,9 milhões de pets. (Instituto Pet Brasil).

1.1 Cronologia das legislações

No Brasil, os animais de estimação são classificados como semoventes e, portanto, ostentam a condição de coisas, sendo definidos no art. 82 do vigente Código Civil.

Há ordenamentos jurídicos, como no Direito Francês, por exemplo, que promoveram a reclassificação dos animais da categoria de bens para uma nova categoria híbrida entre bens móveis e pessoas. Além disso, o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina concedeu a uma fêmea de orangotango chamada Sandra, o status de “pessoa não humana” (RODRIGUES, 2008, p.65).

Em nosso país, somente a partir de 1916 podemos observar a abordagem histórica relacionada à classificação dos animais não humanos no âmbito do Direito Civil. Uma das primeiras formas de proteção dos animais se deu no citado ano, com a criação do Código Civil, determinando que os animais deveriam ser considerados como coisas, e, portanto, estariam sujeitos à apropriação (RODRIGUES, 2008, p. 65).

Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação:

I - os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade;

II - os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596;

III - os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente

No ano de 1924, surgiu o Decreto n. 24.645, já revogado, que dispunha sobre a atividade dos estabelecimentos de distração pública que utilizavam de animais, proibindo-se assim corridas de touro, de novilhos e garraios, e rinhas de galo e canário (RODRIGUES, 2008, p. 66)

Já no ano de 1934, surgia o Decreto n. 24.645, também já revogado, reforçando a proteção jurídica dos animais, determinando que estes fossem tratados de maneira semelhante aos sujeitos de direitos, pois foi permitido que o Ministério Público os assistisse na qualidade de substituto legal e, ainda, trazia regulamentações sobre os crimes e maus-tratos (RODRIGUES, 2008, p. 66)

Em 1941, foi promulgado o Decreto-Lei n. 3.688 (“Leis das Contravenções Penais”), e veio pra complementar o Decreto n. 24.645, dispondo que é crime tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo. (NOHARA, 1998, p. 412)

Vejam os:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:
Pena - prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.
Pena - prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.
§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.
§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.
§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.
§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.

No ano de 1964, cria-se a Lei Federal n. 4591, que se encontra vigente até hoje. A Lei dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Para a tutela jurídica dos animais, nos importa o artigo 19, regulamento a situações de animais que vivem em condomínios (RODRIGUES, 2008, p. 67).

Em 1967, se originou o Código da Pesca, através do Decreto Lei n. 221, que trazia disposições sobre os cuidados com os animais aquáticos e as respectivas atividades de pesca. No mesmo ano, também foi criado o Código de Caça (Lei Federal n 5.197) que vigora até os dias atuais. Tal lei intitulou como crime as contravenções penais, proibindo a caça profissional e comércio de animais silvestres e seus objetos, permitindo, apenas, o funcionamento dos clubes e sociedades armadoras de caça (RODRIGUES, 2008, p. 67).

A Lei de Caça veio a sofrer alterações em 1988, pela Lei n. 7653, em seus artigos 27, 33 e 34, no intuito de abolir a fiança nos crimes cometidos contra animais, além de tirar o conceito de que a fauna silvestre era de propriedade do Estado (RODRIGUES, 2008, p. 67).

No ano de 1973, nosso país passa a ser signatário da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção, elaborada em Washigton, que tinha como premissa impedir o comércio internacional e ilegal de animais (RODRIGUES, 2008, p. 68).

Em 1979, houve a criação da Lei n. 6.638, que tratava sobre a vivissecção de animais em todo território brasileiro, limitando a pratica de utilização de animais vivos para estudos e teses laboratoriais (RODRIGUES, 2008, p. 69).

Só no ano de 1981, veio a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6938). Disposta em 21 artigos, esta inseriu a responsabilidade civil e administrativa de quem promove dano contra a fauna ambiental. Com o passar do tempo, alguns artigos foram modificados por outras leis e pela Constituição Federal. No ano de 1983, foi instituída a Lei n. 7.173 que traz até hoje disposições sobre os requisitos de funcionamento de Zoológicos.

A pesca de toda espécie de cetáceos foi proibida no ano de 1987, com a chegada da Lei n. 7643, Lei de Proteção à Baleia (RODRIGUES, 2008, p.70).

Apenas no ano de 1988, podemos dizer que a proteção ambiental se fortaleceu, pois foi promulgada a Constituição Federal e junto com ela o seu artigo de número 225 que, em seu §3, aplica a sanção àqueles que praticam condutas lesivas ou ameaçam à vida em toda sua forma, e em seu §1, inciso VII, afirma que o poder público tem por obrigação proteger à fauna e a flora (FLORILLO, 2016, p. 156).

Vejamos:

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 à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

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 a crueldade.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com a promulgação da Constituição Federal de 88 veio à interpretação do conceito fauna, que causou embate entre os doutrinadores, sobre o qual leremos em capítulos posteriores. No Código de Caça, em 1967, foi disposto que fauna seria composta pelos “os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem

naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.” Com isso, uma parte dos doutrinadores defendeu que a fauna incluía todas as espécies de animais. (FLORILLO, 2016, p. 156)

A Constituição Federal, ao prescrever a incumbência do Poder Público e da coletividade de proteger a fauna, fê-lo de forma ampla, não restringindo a tutela à fauna silvestre somente. (FLORILLO, 2016, p. 160)

Já outra parte dos doutrinadores defendia que a proteção à fauna se referia apenas aos animais silvestres, não incluindo assim os animais domésticos (RODRIGUES, 2008, p. 69).

Para Sirvinskas, nem todos os animais são protegidos pela lei ambiental. Protegem-se apenas as espécies de fauna silvestre, aquática, domésticas ou domesticadas (“fauna doméstica é aquela composta por animais silvestres, nativos ou exóticos, que, por circunstâncias especiais perderem seus “habitats” na natureza e passarem a conviver pacificamente com o homem, e dele dependendo para sua sobrevivência, como normalmente acontecem com os animais mantidos em zoológicos ou circos, nativas, exóticas ou em rota migratória”).)

Para dar fim ao litígio em questão, em 1998, o IBAMA criou a Portaria de nº 93, estabelecendo o conceito de fauna, para que assim, pudessem ser definidas as espécies de animais protegidas pela Constituição Federal.

Vejamos o artigo 2º da Portaria n. 93:

Art. 2º - Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - Fauna Silvestre Brasileira: são todos aqueles animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do Território Brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras.

II - Fauna Silvestre Exótica: são todos aqueles animais pertencentes às espécies ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o Território Brasileiro e as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas em estado asselvajado ou alçado. Também são consideradas exóticas as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado em Território Brasileiro.

III - Fauna Doméstica: Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou.

No mesmo ano, a saber, 1998, houve a criação da Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9605, sendo mais um marco no que tange à proteção animal, uma vez que o Código Penal

não trazia nenhuma previsão sobre os crimes contra a fauna. Tal lei trouxe um capítulo inteiro sobre os crimes contra os animais, além de trazer a definição da tutela dos direitos básicos destes, bem como as sanções culposas e dolosas para quem comete crimes contra eles. Desde sua criação, há 21 anos, o ambiente é protegido por essa lei.

No ano de 1999, criou-se o Decreto n. 3.179 que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, revogado pelo Decreto Lei n. 6514/08, sendo um ano depois criado a Lei n. 9.85, vigente até os dias atuais, instituindo na Constituição Federal o Sistema de Unidades de Conservação da Natureza (RODRIGUES, 2008, p. 71).

Finalmente, no ano de 2002, é promulgado o novo Código Civil, revogando o de 1916, dispondo a respeito da classificação dos animais não humanos em seu artigo 1228.

Dispõe o artigo:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

No mesmo ano, criou-se a Lei n. 10.519, que dispõe sobre a “promoção e a fiscalização da defesa sanitário animal quando da realização de rodeio e dá outras providências” (Planalto, 2019). Até os dias atuais, os eventos de rodeio trazem discussões em razão da violência que os animais são submetidos para a atração do público. A legislação vigente trouxe a garantia de multa e outras penalidades para aqueles que praticam rodeios sem os devidos cuidados com os animais. Sendo comprovada a crueldade animal nesses eventos, o autor do crime será penalizado pelo Crime de Maus Tratos previsto na Lei n.905/98 (RODRIGUES, 2008, p. 72).

Em 2008, houve a edição da Lei Arouca, revogando a Lei no 6.638, de 08 de maio de 1979, e regulamentando o inciso VII do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais. Esta lei veio para regulamentar e especificar o uso científico dos animais em pesquisas, estabelecendo critérios e limites para a realização de atividades com estes animais (RODRIGUES, 2008, p. 67).

No mesmo ano foi criado o Decreto n. 6514 de 22 de julho de 2008 a fim de regulamentar a Lei 9605/98 (Lei de crimes Ambientais). O Decreto dispõe “sobre as

infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências (Planalto, 2019), mostrando a evolução da Lei de Crimes Ambientais, uma vez que houve a necessidade de que o ambiente e os animais inseridos nele fossem melhores regulamentados e protegidos, e ainda, as pessoas que os violassem fossem de fatos punidas por seus crimes (RODRIGUES, 2008, p. 67).

No ano de 2012 houve uma regulamentação que defendia a “proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos”, através da Lei n. 12651, popularmente conhecida como Código Florestal. Mais uma vez o legislador mostrava o forte intuito de conter a incessante exploração florestal, preservando as vegetações e os animais que compõem o ecossistema brasileiro (RODRIGUES, 2008, p. 68).

Não parando por aí, mais uma vez o legislador precisou conter os avanços da população que cada vez mais vem destruindo o ambiente, a fauna e a flora. No ano de 2017, houve então a criação do Decreto Federal n. 9179, que alterou o Decreto Lei n. 6514/08, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, para dispor sobre conversão de multas, restando claro a necessidade de modernizar as modalidades de infração e as penas que a elas serão aplicadas.

Com o avanço da proteção ao ambiente, e conseqüentemente aos animais, diversos Projetos de Leis foram aprovados no sentido de regulamentar mais fortemente o direito desses que não apresentam poder de voz. Tal fato é o reflexo da atual necessidade de enquadrar os animais, cada vez mais presentes na vida da sociedade, na condição de sujeitos de direitos, já que o Código Civil se tornou ultrapassado perante o avanço da sociedade tratando-se desses animais (PAIXÃO, 2008, s.p.)

1.2 Do Projeto de Leis

O primeiro exemplo de Projeto de Lei de proteção animal que citaremos nesse trabalho é o que institui um “Código de Bem-Estar Animal”, estabelecendo diretrizes e normas para a garantia de atendimento aos princípios de bem-estar nas atividades de

controle, experimentação e produção animal. Este tem como objetivos primordiais reduzir e eliminar o sofrimento, defender os direitos e promover o bem-estar animal (Câmara dos Deputados, 2019).

Outro Projeto de Lei é o de número 2.156/2011, que dispõe sobre o Código Nacional de Proteção aos Animais, elencando uma série de condutas vedadas que violam a integridade dos animais, como agressão física, trabalhos exorbitantes, não prover morte rápida e indolor a animais abatidos para consumo etc (Câmara dos Deputados).

O Projeto de Lei 3.676/2012 veio elaborando o Estatuto dos Animais, declarando que animais são seres sencientes, sujeitos de direitos naturais e nascem iguais perante a vida. Define os direitos fundamentais dos animais: respeito à existência, ao tratamento digno, a abrigo, aos cuidados veterinários e ao trabalho em condições não degradantes. (Câmara dos Deputados)

Outro projeto que podemos citar é o de número 6799/2013, recém aprovado pelo Senado Federal, que falaremos melhor dele a diante, que propõem que os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui generis, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa (Câmara dos Deputados).

Tal projeto está sendo apreciado junto ao projeto de Lei n. 7991/14 que também tem o propósito de regulamentação da classificação dos direitos dos animais (Câmara dos Deputados).

Outro Projeto de Lei do Senado (351/2015) que pretendia acrescentar uma determinação no Código Civil para uma complementação aos artigos 82 e 83, através de um parágrafo único no artigo 82, e de um inciso no artigo 83, para que animais não sejam considerados coisas, espelhando-se na legislação de países como Suíça, Alemanha, Áustria e França, admitindo que animais, ainda que não sejam reconhecidos como pessoas naturais, não são objetos ou coisas. Tal projeto não vigorou e teve sua tramitação encerrada (Atividade Legislativa do Senado).

Há, também, um projeto de Lei do Senado 631/2015 (Senado Federal) que propõe o Estatuto dos Animais, tendo entre seus objetivos o combate aos maus-tratos e toda forma de violência, crueldade e negligência praticada contra espécies animais, reconhecendo-os como seres sencientes. Este dispõe em seu 4º artigo que todos os animais em território nacional serão tutelados pelo Estado e possuem direito à existência em um contexto de

equilíbrio biológico e ambiental, de acordo com a diversidade das espécies, raças e indivíduos (Senado Federal).

Outro projeto que teve sua tramitação encerrada é o Projeto de Lei do Senado 650/2015, muito semelhante ao projeto anterior, propagando a proteção e defesa do bem-estar dos animais, criando o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (Sinapra) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (Conapra)” (Senado Federal).

Ainda havia o projeto de Lei do Senado 677/2015, já encerrado, instituindo o Estatuto dos Animais, destinado a garantir a proteção da vida e o bem-estar dos animais, incluindo os domésticos, silvestres e de produção. (Senado Federal)

Todo o histórico legislativo apresentado nesse capítulo tem o propósito de demonstrar a abordagem histórica da proteção ao direito dos animais não humanos no direito brasileiro. Através dos atuais projetos em análise, principalmente o Projeto de Lei da Câmara nº 27 de 2018, caminham para a proteção aos animais, a fim de afirmar os direitos desses, através do reconhecimento de sua natureza emocional, provando que os animais são capazes de manifestar sentimentos.

2. OS ANIMAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Através da abordagem histórica do capítulo anterior percebemos como a legislação relacionada à proteção aos animais veio evoluindo no Direito Brasileiro. Nesse capítulo abordaremos como os animais não-humanos são vistos perante o nosso atual ordenamento jurídico, principalmente na Constituição Federal e no Código Civil.

2.1 Na Constituição

Na Constituição, os maus tratos aos animais configuram crime ambiental, bem como o abandono. Contudo, no atual cenário brasileiro, vemos o quanto desrespeitam essa lei impunemente. Sendo assim, tais direitos constitucionais não têm sido tutelados de forma correta, seja pela falta de uma política pública específica, seja pela falta de órgãos reguladores.

Na época de sua promulgação, a Constituição de 1988 ficou conhecida como “Constituição Verde” graças a sua proteção ao meio ambiente, através de um de seus artigos mais marcantes na época.

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 à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras 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 a crueldade.

Como vimos na seção anterior, a interpretação sobre o conceito de fauna tinha distintas interpretações acerca de quais animais poderiam ser classificados como “fauna” através da Constituição Federal, ou seja, se a Constituição Federal faz referência apenas aos animais silvestres e não aos domésticos.

As Constituições estaduais se inspiraram na Carta Magna para dispor sobre o tema. Os animais encontram proteção constitucional na maioria das Constituições Estaduais. A repetição da ideia do artigo 225 da Constituição Federal está em todas as Constituições Estaduais. Entretanto, as constituições trazem sempre a ideia geral, sem especificá-la, o que dificulta a aplicação específica aos animais domésticos.

Para uma parcela da doutrina, quando a Constituição faz referência a proteção à fauna, refere-se apenas aos animais silvestres, não incluindo os domésticos. Isso porque, em seu texto não ficou claro ao dispor a respeito do conceito de fauna, chegando a conclusão que a Lei de Proteção à Fauna deveria ser recepcionada, ou seja, deveria ter seu artigo submetido à definição do conceito de fauna, o que, por si só, traria um novo parâmetro ao objetivo de proteção.

Vejamos:

Isso porque as espécies da fauna nacional são de todos os indetermináveis titulares que têm o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, § 1o, VII, ao aludir à proteção da fauna, não delimitou, de forma clara e objetiva o seu conceito, possibilitando ao legislador infraconstitucional o preenchimento desta lacuna. Segundo esse dispositivo, constitui tarefa do Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (g.n). O preenchimento infraconstitucional desse dispositivo possibilitou a recepção parcial da Lei n. 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), que determina, em seu art. 1o, caput, que: Os animais de quaisquer espécies em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. (FIORILLO, 2016, p. 166)

Uma segunda corrente defende a idéia de que não foi à intenção do legislador a definição restritiva que fauna engloba apenas os animais silvestres, mas sim, alcançar todas as espécies de animais, incluindo os domésticos:

Entretanto, o legislador constituinte não pretendeu delimitar a fauna a ser tutelada, porquanto objetiva-se que a lei busque preservá-la colocando-a a salvo das práticas que representem risco a sua função ecológica e à extinção das espécies e que submetam os animais a crueldade. Aceitar que a única fauna a ser tutelada é a silvestre é distanciar-se do comando constitucional, porque, se assim fosse, os animais domésticos não seriam objeto de tutela. Deve-se observar em relação a estes que, embora não possuam função ecológica e não corram risco de extinção (porquanto são domesticados), na condição de integrantes do coletivo fauna devem ser protegidos contra as práticas que lhes sejam cruéis, de acordo com o senso da coletividade. Dessa feita, o fato de a Lei de Proteção à Fauna não se reportar à fauna doméstica não autoriza a realização de práticas cruéis contra os animais que a integrem. Como já afirmamos anteriormente a fauna doméstica é aquela que não vive em liberdade, mas em cativeiro, sofrendo modificação em seu habitat natural. Convive geralmente em harmonia com a presença humana, inclusive estabelecendo com esta um vínculo de dependência para sobreviver. Os animais domésticos à despeito de não serem objeto de tutela por meio da Lei de Proteção à Fauna e como regra não possuem função ecológica, nem correm risco de extinção, conseguem trazer reais benefícios ao bem-estar psíquico do homem o que lhes confere proteção constitucional em face não só do art.225, mas particularmente em face dos arts. 215 e 216 iluminados pelo art.1º, III todos da Constituição Federal de 1988. (FIORILLO, 2016, p. 166)

Hoje o entendimento mais consolidado é de que a fauna abrange todos os animais, incluindo os domésticos. Todavia, fica a critério dos municípios a especificação de normas que tratem destes animais. Geralmente, a inclusão de normas sobre animais domésticos nas leis municipais encontra-se no Código Sanitário que regulamenta os Centros de Controle de Zoonoses. Mas também podem surgir leis das Câmaras Municipais com este objeto, como é o caso da prefeitura de São Paulo que assinou um decreto estabelecendo a criação da Coordenadoria Especial de Proteção a Animais Domésticos, que é responsável por gerenciar o Programa Municipal de Proteção e Bem-Estar de Cães e Gatos (PROBEM).

Assim, é possível compreender, pela simples leitura dos artigos 98 e 99 do Código Civil e do “caput” do artigo 225 da Constituição Federal, que a fauna, assim como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são recursos ambientais e como tais, fazem parte do meio ambiente, sendo um bem público pertencente à categoria de bens de uso comum do povo, cabendo ao Poder Público cuidar deste em prol da coletividade.

A competência para legislar sobre a fauna, a caça e pesca é da União, Estados e do Distrito Federal em obediências aos artigos 24, VI da Constituição Federal e dos Municípios (artigo 30, I e II da Constituição Federal). Referido artigo menciona que é de competência da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios proteger as

florestas, a fauna e a flora. Trata-se de competência comum (administrativa) entre os poderes públicos. (Constituição Federal de 1988)

2.2 No Código Civil

Sujeito de direito no Brasil é todo ente a quem o ordenamento jurídico atribui direitos e obrigações. Esses sujeitos podem ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Além disso, o direito ainda traz a previsão, no artigo 75 do Código de Processo Civil, de que esses sujeitos podem ser despersonalizados, ou seja, a lei reconhece direitos para determinados agregados patrimoniais, caso do espólio, condomínio, massa falida, etc. Diante disso, os animais não estão incluídos no grupo dos sujeitos de direito, pois se encontram na categoria de objetos de direito, como demonstra o artigo 82 do Código Civil:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social.

Tal artigo se opõe a todas as pesquisas ou projetos de leis que defendem a ideia de que o animal não pode ser coisa, pelo simples fato de esses serem considerados um ser senciente.

Vejamos:

A propriedade de animais não humanos passa por um filtro óbvio: os animais não humanos são coisas especiais, pois são seres dotados de sensibilidade e passíveis de sofrimento e dor. É por isso que o direito de propriedade sobre os animais, segundo interpretação sistemática do Código Civil, não pode ser exercido de maneira idêntica àquele que se exerce sobre as coisas inanimadas ou não dotadas de sensibilidade. (FIORILLO, 2016, p. 166)

O Código Civil de 2002 adotou a ideia de que coisa é o gênero, e o bem, espécie. Assim, coisa é tudo aquilo que existe objetivamente, sem ser o homem, e bem é a coisa que é suscetível de apropriação, que tem valor econômico. Os animais se encaixam no conceito de bem, pois possuem um valor econômico e podem vestir-se das prerrogativas da propriedade, uma vez que os humanos podem possuí-lo.

Nesse sentido, aqueles que detêm sua propriedade podem usar, gozar e dispor de acordo com a finalidade social que lhe interessar, inclusive podem doá-los ou vendê-los, como assegura o artigo 1.228 do Código Civil. Seres com vida são tratados como mercadorias à luz da legislação brasileira. Enquanto isso, todos os humanos, independente

da sua capacidade racional, são considerados sujeitos de direito, por isso são passíveis da proteção constitucional.

Mesmo que o artigo 1.228 conceda ao proprietário o direito sobre seus bens, é importante dizer que esses não são absolutamente livres para fazer como quiser o exercício desses poderes. Para isso o parágrafo primeiro do artigo 1.228, cumulado com o artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, diz que o direito de propriedade deve ser corretamente exercido.

Dispõe o parágrafo:

Art. 1228, § 1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O artigo procura evitar qualquer tipo de abusividade por parte do proprietário, porém esse dispositivo não foi criado com fulcro na proteção dos animais. Ele trata, de forma geral, de todos os bens que um sujeito de direito possa vir a ser proprietário. Portanto, apesar da tentativa de extrair uma possível defesa aos animais, é injusto querer protegê-los com normas que vem para regular a proteção de bens não vivos. Não estamos tratando de objetos, e sim de vidas e de sentimentos. O regime jurídico brasileiro se mostra muito atrás da realidade social, uma vez que a própria sociedade acredita que os animais são seres dignos de uma vida com proteção. Logo, a divisão entre sujeitos de direito versus objetos de direito que nossa ordem civil traz fica obsoleta, pois ela ignora por completo a realidade de seres com vida que não são pessoas, indo contra os estudiosos do mundo todo- notadamente biólogos e ecólogos-, que esses são capazes de sentimentos.

3. DECISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante do apresentado nos capítulos anteriores, é possível concluir que a sociedade vem evoluindo no que tange a classificação dos animais não-humanos. Tal evolução não fica atrás no que tange aos principais tribunais do país (ROCHA, 2018, s.p.).

Isso demonstra que os Tribunais vêm entendendo que a interpretação dos direitos dos animais não deve ser realizada apenas a partir do ponto de vista moral, mas também a partir do ponto de vista jurídico (ROCHA, 2018, s.p.).

Os principais avanços constatados, no âmbito jurisprudencial podem ser resumidos da seguinte forma: a equiparação de animais não-humanos a sujeitos titulares de direitos; o reconhecimento da defesa dos animais como valor autônomo em relação à proteção da fauna; a aplicação de medidas judiciais, até então, inéditas ou não usuais a animais; a maior valorização da defesa dos animais quando confrontada com outros direitos garantidos constitucionalmente (ROCHA, 2018, s.p.).

3.1 Guarda de Animais Domésticos Abandonados

Trata-se de uma Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público em face do Município de Santana do Livramento, compelindo ao réu recolhimento e abrigo de animais abandonados.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECOLHIMENTO E ABRIGO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS ABANDONADOS. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar a implantação de políticas públicas, por se relacionarem a direito ou garantia fundamental, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes. Segundo entendimento desta Corte, com base no art. 13, I, da Constituição Estadual, é da competência do Município a guarda de animais domésticos abandonados, visto se tratar de medida sanitária. Inexistência de disposição legal que obrigue a presença do Estado do Rio Grande do Sul na demanda, na condição de litisconsorte necessário (art. 47 do CPC/73). O prazo assinado para que o Município de Santana do Livramento promova o controle de zoonose, programa de recolhimento dos animais e programa de informação à população atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apelação desprovida. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70070773122, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 14/09/2016).

(TJ-RS - REEX: 70070773122 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 14/09/2016, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/09/2016) (Grifo nosso)

O réu propõe nulidade da sentença em razão da ausência no feito, uma vez que sustenta impossibilidade do Poder Judiciário impor despesas do Município não previstas no orçamento, constituindo-se violação do princípio da harmonia e independência dos Poderes presente na Constituição Federal.

A decisão referida é de suma importância, pois fica notório que o Ministério Público está cumprindo com seu dever de proteção aos animais.

3.2 Guarda de Animal Após Divórcio de Casal

Trata-se de recurso especial interposto nos autos de uma ação de dissolução de união estável, onde se discutia a possibilidade de visitas ao animal doméstico adquirido pelo casal durante a sua união, tendo em vista que ficou demonstrada a relação de afeto criada entre os cônjuges e o animal.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso 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 a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2018) (Grifo nosso)

Após a demanda ser julgada extinta sem resolução do mérito, em primeiro grau, ficou decidido que os animais se enquadram na qualidade de bens semoventes e que se tratava de questão que não seria de competência da Vara de Família. Porém graças a

proteção constitucional conferida no artigo 225, o TJSP reformou a decisão de primeira instância e entendeu que os animais, nesses casos, devem sim ser objetos de decisão pelas varas de família. Com isso restou concedido o direito de visita ao ex-companheiro, sendo aplicado, por analogia, o dispositivo no Código Civil sobre guarda e visita de menores.

3.3 Guarda de Animal Após Divórcio de Casal

Trata-se de apreensão e extermínio de cães e gatos pelo Município de Belo Horizonte, com utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose. O referido município alega falta de recursos públicos para adoção de métodos menos cruéis, interpondo recurso para garantir o exercício do dever discricionário na adoção de medidas para erradicar doenças que possam ser transmitidas de animais a humanos, inclusive as de extrema crueldade, que violam o sistema normativo de proteção aos animais (ROCHA, 2018, s.p.

"Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres. A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor." Decisão: REsp nº 1.115.916-MG Órgão julgador: Segunda Turma do STJ (Rel. Min. Humberto Martins) Data de julgamento: 01.09.2009. (Grifo nosso)

Tal recurso não recebeu provimento, tendo o magistrado entendido ser possível o sacrifício dos animais quando indispensável à proteção humana, desde que vedada a utilização de métodos cruéis como o praticado pelo Município, in casu, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998 (ROCHA, 2018, s.p.)

3.4 Animal Silvestre Adaptado a Ambiente Familiar Doméstico

Trata-se de uma ação em que O IBAMA apreendeu uma macaca em posse de seu “dono” por se tratar de animal silvestre em ambiente doméstico sem autorização. O

impetrante ingressou com um Mandado de Segurança, alegando que a macaca convivia em ambiente familiar há dezenove anos, tendo firmado laços afetivos com humanos, inclusive com um portador de deficiência mental da família.

De acordo com a premissa fática do acórdão recorrido, a macaca em questão é criada há mais de 19 (dezenove) anos em cativeiro doméstico. Embora não se possa reputá-la totalmente domesticada, é evidente que não se trata de animal silvestre, em sua acepção legal. A hipótese em análise é sui generis e não se subsume de forma absoluta na norma legal tida por violada, sendo razoáveis as ponderações feitas pelo julgador ordinário, senhor da prova e dos elementos fáticos, ao concluir pelo direito à manutenção da posse do primata com a família Decisão: REsp nº 1.085.045-RS Órgão julgador: Segunda Turma do STJ (Rel. Min. Herman Benjamin) Data de julgamento: 20.08.2009 (Grifo Nosso)

O juiz criou uma exceção à aplicação de pena por crime contra a fauna quando se tratasse de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada em extinção. Esta decisão reforçou o entendimento de que o animal silvestre adaptado a ambiente familiar-doméstico não é, juridicamente, um animal silvestre (ROCHA, 2018, s.p.).

4. PROJETO DE LEI N 6799/2013: ANIMAIS COMO SUJETOS DE DIREITO

Conforme observamos nos capítulos anteriores, os animais não são considerados sujeitos de direito pela legislação hoje vigente.

Nesse fato de que os animais, ainda que considerados coisas, estes possuem direitos que não apenas inerente as coisas, como o direito de não sofrer maus-tratos. Diante disso, há quem defenda que estes deveriam ser denominados como entes despersonalizados, sendo considerados sujeitos de direitos, sem deixarem de ser também objeto de direito.

A teoria dos entes despersonalizados, baseando-se na distinção conceitual entre ‘pessoa’ e ‘sujeito de direito’, conforme se verificou, permite, portanto, que se venha a titularizar direitos subjetivos. No que diz respeito aos animais ela poderá ser aplicada para caracterizá-los como autênticos sujeitos de direito despersonificados não-humanos. (LOURENÇO, 2008, p.13)

Diante desse cenário, o então deputado federal Ricardo Izar elaborou o projeto de Lei n. 6799/2013 que visa “estabelecer regime jurídico especial para os animais não-humanos”. A teoria do ente despersonalizado foi utilizada como base para a criação deste projeto. A então PLC nº 27 de 2018 que tramita hoje no Senado visa tutelar de forma específica o direito dos animais, domésticos e silvestres, conferindo-lhes novo regime

jurídico, *sui generis*, que afasta a coisificação dos animais, prevendo nova natureza jurídica afim de reconhecer novos direitos significativos aos animais (Câmara dos Deputados).

Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. (Lei n. 6799/2013)

O texto também acrescenta dispositivo à Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 1998) para determinar que os animais não sejam mais considerados bens móveis para fins do Código Civil (Lei 10.402, de 2002). Com as mudanças na legislação, os animais ganham mais uma defesa jurídica em caso de maus tratos, já que não mais serão considerados coisas, mas seres passíveis de sentir dor ou sofrimento emocional (Câmara dos Deputados).

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania foi positivo, uma vez que consideram válida a alteração legislativa, visto que o conceito de sujeito de direito precisa abranger também os direitos de entes despersonalizados (Relatório de projeto de Projeto de Lei n 6799/2013).

Além de reafirmar os direitos dos animais não-humanos, a legislação também reconhece o entedimento de que os animais não-humanos, por serem sencientes, passíveis de sofrimento, devem ser considerados sujeitos de direito despersonalizados.

O projeto de lei em questão já foi aprovado pela Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

Por sua vez, a Frente Parlamentar da Agropecuária, se mostrou contrária ao projeto, justificando que o projeto apresenta insegurança jurídica e vazio de utilidade pública. (FPA)

Nesse sentido, vale ressaltar as palavras do Senador Otto:

A aprovação do presente projeto não altera em nenhuma instância a balança comercial de atividades agropecuárias ou não afeta quaisquer atividades comerciais ou culturais que envolvam animais. Vale ressaltar que países como Suíça, Alemanha, França e Nova Zelândia já adotaram legislação semelhante, mudando status jurídico de animais e reconhecendo que não são coisas, valorizando a importância do bem-estar animal, sem que nestes países houvesse qualquer prejuízo às atividades comerciais ou culturais envolvendo animais de qualquer espécie. (Senador Otto Alencar, 2019)

Desde o dia 19/11/2019, a proposição PL 6799/2013 passou a tramitar como PL 6054/2019.

Decisão: Aprovada pelo Plenário
Destino: À Câmara dos Deputados
Último local: 20/11/2019 - Secretaria de Expediente
Último estado: 07/08/2019 – APROVADA

Fonte: Senado Federal

CONCLUSÃO

Animais domésticos estão presentes na maioria dos lares brasileiros, entretanto, possuir um desses animais requer responsabilidade. Todos necessitam, além de alimentação adequada e cuidados médicos, o mínimo de atenção de seus proprietários. Apesar da devida regulamentação legislativa, inúmeros são os casos de maus tratos de animais domésticos que são considerados práticas criminosas previstas no artigo 32 da Lei Federal dos Crimes Ambientais (Lei Nº 9.605/98), com pena de reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A conscientização acerca do tema é de extrema importância dado que se trata de seres vivos, não de vidas humanas, mas vidas que, da mesma maneira, sofrem até mais intensamente que os seres humanos porque não podem falar e nem mesmo defender a si próprios. Logo, o Trabalho de Conclusão de Curso, tem por fim defender que a divisão entre sujeitos de direito versus objetos de direito que nossa ordem civil traz fica obsoleta, pois ela ignora por completo a realidade desses animais perante a sociedade.

Através das seções apresentadas no decorrer do artigo, observamos que a regulamentação jurídica brasileira dos direitos dos animais é bastante significativa e possui como marco o advento da Constituição Federal de 1988, que através de seu artigo 225, procurou regulamentar a situação dos animais não-humanos. Além disso, através de legislações infraconstitucionais, houve a procura na definição dos animais, afim de regulamentar e classificar esses em selvagens e domésticos para o direito brasileiro. Percebe-se, por fim, que houve uma evolução legislativa no sentido de regulamentar mais fortemente os direitos dos animais não-humanos, o que é refletido na vasta quantidade de projeto de lei que tramitam junto ao Congresso Nacional, sendo que um deles chamou a atenção para o estudo deste artigo, uma vez que objetiva a classificação dos animais como sujeitos de direito no ordenamento jurídico.

A interpretação sobre o conceito de fauna constante na Constituição de 88 comportou diversas interpretações, desde uma mais abrangente, no sentido de que o conceito abrangeria todos os tipos de animais, desde os selvagens até os domésticos, como também uma interpretação mais restritiva, no sentido de que a regulamentação a respeito da classificação dos animais se daria apenas pelo Código Civil, e que segundo tal diploma, os animais são considerados bens de natureza semovente e submetidos à propriedade, ainda que no caso dos animais tal propriedade tenha mais restrições do que a normal, uma vez que esses se tratam de bens de natureza especial. Nesse sentido, conclui-se que mais uma vez o entendimento a respeito da natureza dos animais ser praticamente pacífico, vemos que o Projeto de Lei 6.799/2013, pretende regulamentar de maneira mais concreta e objetiva a classificação dos animais, no sentido de atribuir-lhes a qualidade de sujeitos de direito ainda que considerados entes despersonalizados.

Diante daquilo que foi apresentado nas seções deste artigo, fica demonstrado que a doutrina, jurisprudência e a legislação têm evoluído no sentido de regulamentar mais concretamente, e proteger de forma mais específica, os direitos dos animais não-humanos. Por mais que ainda não possuam o status de sujeito de direito incluso em dispositivo legal, são seres que assim como os homens, possuem senciência, passíveis de sentimento, dores e consciência, não havendo qualquer razoabilidade para serem tratados como meras coisas.

REFERÊNCIAS

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.156, de 30 de agosto de 2011. Disponível em <<http://bit.ly/2kmEhnJ>>

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.799, de 20 de novembro de 2013. Disponível em <<http://bit.ly/2kNifeP>>

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.991, de 24 de setembro de 2014. Disponível em <<http://bit.ly/2jqIKv6>>

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei nº 631, de 23 de setembro de 2015. Disponível em <<http://bit.ly/2jqQAVx>>

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei nº 650, de 29 de setembro de 2015. Disponível em <<http://bit.ly/2kcgTYd>>

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei nº 677, de 7 de outubro de 2015. Disponível em <<http://bit.ly/2jyob6x>>

Censo Pet. Disponível em < <https://www.editorastilo.com.br/censo-pet-1393-milhoes-de-animais-de-estimacao-no-brasil/>>

FLORILLO, Celso Antônio Pacheco. Desenvolvimento Científico Adaptado ao Progresso das Ciências: A Sustentabilidade da Utilização de Animais em Atividades Educacionais Orientado Para a Solução dos Problemas Brasileiro em Face do Direito Ambiental Constitucional Brasileiro. Curitiba-PR: **Revista Jurídica**, v.3, n. 44., 2016

LOURENÇO, D. B. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O Direito e os Animais: uma abordagem ética, filosófica e contemporânea**. São Paulo: Editora Curuá, 2ed, 2008.

ROCHA, Daniel Favoretto. Relatório de Pesquisa de Jurisprudência em Direito dos Animais. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Atualizacao_Legislativa/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20de%20Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Direito%20dos%20Animais%20\(Samia%20Favoretto__Daniel%20Favoretto%20Rocha\)%20\(1\).pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Atualizacao_Legislativa/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20de%20Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Direito%20dos%20Animais%20(Samia%20Favoretto__Daniel%20Favoretto%20Rocha)%20(1).pdf)>

REDAÇÃO MUNDO ESTRANHO. Quais foram os primeiros animais a serem domesticados? Disponível em < <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-foram-os-primeiros-animais-aseremdomesticados/#targetText=Provavelmente%2C%20foram%20os%20lobos%20asiáticos,e%20na%20América%20do%20Norte..>>

NOHARA, Irene Patrícia. **O Direito dos Animais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 93,1998.

SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v.4, ano 3, 2017.

**CANCELAMENTO DA SÚMULA 75 (MERO ABORRECIMENTO)
COM A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO
PRODUTIVO DO CONSUMIDOR**

Thamyris de Farias Furtado Cunha¹

RESUMO

A sociedade tem carências maiores que do que os recursos relativamente disponíveis para as satisfazer, ou seja, suas escolhas serão baseadas em dispendir o mínimo de recursos possíveis para satisfazer o máximo dessas carências. Considerando – se então, que o tempo é um recurso produtivo necessário para o desempenho de qualquer atividade, e que as pessoas querem sempre mais tempo – principalmente para investir em “qualidade de vida” – do que o quinhão que nela recebem, mediante a aplicação direta a lei da oferta e da procura que o tempo é um bem escasso em relação a demanda por ela existente, a pesquisa irá analisar o processo administrativo que cancelou a súmula 75 sobre a ótica do tempo como bem econômico mais valioso de que a pessoa humana dispõe em sua existência salutar, entendendo o direito ao lazer da pessoa consumidora sob o prisma da teoria do desvio produtivo do consumidor, e que só pode ser comparado, em sua importância, à saúde física e mental, por serem necessárias para gozá-lo em sua plenitude.

Palavras-chaves: Tempo. Consumidor. Produtivo

**CANCELLATION OF SUMMARY 75 (MERO ABORRECIMENTO) WITH
THE APPLICABILITY OF THE THEORY OF CONSUMER PRODUCTIVE
DEVIATION**

ABSTRACT

Society has deficiencies greater than the relatively available resources to satisfy them, that is, its choices will be based on spending as few resources as possible to meet the maximum of those needs. Considering, then, that time is a productive resource necessary for the performance of any activity, and that people always want more time - especially to invest in “quality of life” - than the share they receive in it, by applying the law of supply and demand that time is a scarce good in relation to the demand for it, the research will analyze the administrative process that canceled the optic summa 75: the most valuable economic time of which the human person disposes in its healthy existence, understanding the consumer's right to leisure under the prism of the theory of deviation producing the consumer, and which can only be compared, its importance, to physical and mental health, because they are necessary to enjoy it in its fullness. Very scarce time.

Keywords: Time. Consumer. Productive

¹ Graduada do curso de Direito da Universidade Iguazú. Trabalho orientado pela Prof. Carmen Caroline do Carmo Nader.

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor para o doutrinador Sergio Cavalieri Filho, 2010, nasceu com a revolução industrial, que aumentou a capacidade produtiva do ser humano, quando a produção deixou de ser familiar e pequena para tornar-se uma produção em massa, devido ao aumento da demanda.

Tornou-se, necessária a regulação desta relação, uma vez que antes eram feitas por escambo de formas simples, evoluindo para atender ao consumo e produção em massa, e que ao mesmo tempo respeite o consumidor de acordo com a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, XXXII, o consumidor será protegido, na forma da lei, pelo Estado e ainda sobre ordem econômica no artigo 170, V da CF/88, bem como a lei 8.078/1990 (CDC).

In verbis, o art. 5º, XXXII da CF/88: “**XXXII** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Art. 170, V da CF/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor;

Segundo Cavalieri (2010, p.3), o ambiente, em meio à revolução industrial era propício pela falta de disciplina jurídica eficiente, proliferaram as práticas abusivas ao consumidor, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre fornecedor e consumidor.

Segundo Cavalieri (2010, p. 7), no Brasil, nos anos 70 iniciou os movimentos consumeristas, com a criação das primeiras associações civis voltadas para este fim. Em 1974, foi criado o CONDECON, Conselho de Defesa do Consumidor, e em maio de 1976, o governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que depois foi denominado de PROCON. Porém, só com a CRFB/88, foi estabelecido como dever do Estado promover a elaboração de um código em prol da defesa do consumidor.

Para Barreto (2016, p. 21), a resolução de Número 29/248 das Organizações das Nações Unidas, além de definir as regras gerais de defesa do consumidor, deu a elas o status de direito fundamental.

Este trabalho trata sobre a Teoria do desvio produtivo do consumidor com foco no cancelamento da Sumula 75, o processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

que tramitou no OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ÓRGÃO ESPECIAL, Des. Relator Mauro Pereira Martins.

A súmula 75, também conhecida com o súmula do “mero aborrecimento”, segundo Miguel Barreto(2016), nasceu juntamente com o sistema de julgamentos repetitivos e com o advento do nascimento do Juizado Especial Cível, ocasião em que o consumidor passou a ser visto como vilão já que as demandas, que deveriam ser diminuídas, acabaram aumentando demasiadamente.

Este tema se justifica por sua extrema relevância para o mundo jurídico, e vem sendo alvo de muito debate nas turmas recursais, uma vez que a teoria se baseia na perda do tempo útil do consumidor, tempo este irrecuperável.

As questões levantadas sobre a temática foram baseadas em responder como foi a aplicação da teoria no acórdão que cancelou a súmula 75 do TJ-RJ (súmula do mero aborrecimento).

A metodologia empregada para esta pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial, uma vez que a pesquisa trata da análise do acórdão que cancelou a súmula 75 do TJ-RJ, bem como o conceito trazido pela teoria desenvolvida pelo Dr. Marcos Dessaune.

1. O MERO ABORRECIMENTO – NASCIMENTO – SUMULA 75 TJ-RJ.

Segundo Miguel Barreto (2016, p. 65-66), o Juizado Especial Cível, ao ser criado, teve o foco em desafogar a justiça comum, reduzindo o volume de ações, objetivando o princípio da celeridade processual. Porém o efeito foi ao contrário, e o acesso à justiça fez com que a demanda ora reprimida, superasse sua própria estrutura.

Para Barreto (2016. p.70):

Não se pode observar o jurisdicionado sob a lupa da otimização dos serviços judiciários. Em cada processo existe um problema que merece justa apreciação. A massificação de julgamentos comprometidos apenas com o resultado estatístico não afeta apenas aquele jurisdicionado, mas também toda a sociedade.

Na busca pela efetivação de seus direitos, o consumidor passou a ser visto como “vilão da justiça” (FERREIRA apud BARRETO, 2016, p.77), uma vez que afogou o judiciário com as demandas relativas ao direito consumeristas.

De um tempo para cá, principalmente depois da edição da Súmula 75 do TJRJ: “*O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por*

caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”, fez com que o entendimento dos julgadores se invertesse em favor, principalmente das empresas que violam de forma contumaz, esses direitos adquiridos ao longo do tempo. Essa súmula nasce de ideia de que estaria ocorrendo uma banalização do dano moral, repercutindo no convencimento de alguns magistrados acerca do que se considerava uso excessivo desse direito legal, ao entendimento de que muitos consumidores, talvez na intenção de obter ganho financeiro fácil, estariam se locupletando com esse tipo de reprimenda do Estado-Juiz aos fornecedores infratores. (<https://jus.com.br/artigos/69564/a-inconstitucionalidade-do-mero-aborrecimento>)

Segundo Barreto apud Salomão (2016, p.36), foram adotados mecanismos de valorização das decisões dos Tribunais como meio de acelerar artificialmente os julgamentos, como por exemplo o sistema de recursos repetitivos.

A quantidade exagerada de demanda passou a ter julgamentos abreviados à “mero dissabor ou mero aborrecimento”.

1.1. Dano Moral e sua “Banalização”

O dano moral é imaterial, não havendo como fazer prova de sua constatação. Como o dano sempre decorre de um ilícito, provado este, estará provado o dano moral. É este o entendimento do célebre Desembargador Sérgio Cavaliere Filho, (ano 1999, pg. 79/80) que ensina: [...] o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural[...].

Nas Palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2014), o conceito de dano moral:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2014, p. 387)

O artigo 5º, V da CF/88, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

E ainda no inciso X, declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação.

Cavaliere apud Gonçalves (2014, p. 388 e 389), só se deve reputar como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira

intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar, ou seja, segundo o doutrinador, o mero dissabor não se enquadra na órbita do dano moral.

E ainda segundo Pontes de Miranda apud Gonçalves (2014, p.389), somente o dano moral razoavelmente grave de ser indenizado.

Segundo Diniz (2010), o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar.

E ainda em seu entendimento, explica que a função satisfatória do dano moral de forma pecuniária é a função de pena, um meio que outorgue de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo, é um misto de pena e de compensação. (DINIZ, 2010, p. 61/62).

Em suas palavras Diniz (2010, p.62), ensina:

Há danos, cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a lesão a um direito da personalidade, visto que não se podem avaliar a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa.

Porém, com o aumento da demanda, como já mencionado anteriormente, notou-se que os fornecedores estão cada vez mais sendo acionados, e como já exposto, os julgamentos repetitivos passaram a ser cada vez mais frequentes nos Juizados Especiais Cíveis, assim, portanto, banalizando os julgados, tornando o situação lesiva vivenciada pelo consumidor como “mero aborrecimento”, como bem exposto por Tartuce (2016, p. 558):

Tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral.

É insofismável que houve a banalização dos julgados, quando os nobres julgadores decidiram por julgar repetidamente como mero dissabor ou aborrecimento as demandas trazidas ao judiciário pelos consumidores.

2. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor foi desenvolvida pelo Dr. Marcos Dessaune, desde 2007, em seu trabalho de conclusão de curso, e vem sendo enriquecido

desde então. Este explica em seu livro, pag.31 edição 2 de 2017, que, ao se debruçar com a problemática de ver o consumidor perder tempo e a se desviar das suas atividades cotidianas para enfrentar problemas de consumo em potencial ou efetivamente danosos, que são criados pelo próprios fornecedores, se nesses casos configurariam algum dano extrapatrimonial indenizável, ou mero dissabores e aborrecimentos.

Inicialmente cumpre-se destacar a primeira menção à Teoria do Desvio produtivo do consumidor, vejamos:

Em 12/9/2017, no julgamento colegiado do Resp. 1.634.851/RJ interposto pela Via Varejo, a 3ª Turma do STJ, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, já havia mencionado o *Desvio Produtivo do Consumidor* para negar provimento ao recurso especial daquele fornecedor: "À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo", disse a ministra. (CONJUR, 1 de maio de 2018)

Segundo Dessaune (2017) é possível definir a caracterização do Desvio produtivo do consumidor como a perda de tempo que o consumidor dispõe para a solução de um conflito que em tese não deveria existir, e que o fornecedor ou prestador de serviço por ação ou omissão causou.

É lícito concluir que o tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto esfera essencial ao desenvolvimento e a realização da pessoa humana, é um atributo integrante da personalidade merecedor de ampla proteção no rol aberto dos direitos da personalidade, por força da aplicação direta do princípio da dignidade humana, contido no art., 1º, III da CF/88.

(...) uma lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida na qualidade de atributo da personalidade tutelado no elenco dos direitos da personalidade, configura um dano ao titular do direito violado, sujeito à reparação.

O tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas. Portanto, quando a pessoa consumidora precisa desperdiçar o seu tempo vital, existencial ou produtivo, de modo indesejado, ocorre um prejuízo efetivo para ela. (DESSAUNE, 2017, p. 193)

E ainda:

(...)Tal comportamento principal do consumidor – despender tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos (DESSAUNE, 2017, p. 193).

Uma vez que o elenco de atributos do direito da personalidade trazido pelo CC de 2002, não é taxativo, e correlacionando ao fato do tempo não ser algo que se possa transferir, reutilizar, ou abrir mão, sendo esse de certa forma limitado, o tempo é um **atributo da personalidade tutelado**, sujeito à reparação, caso seja utilizado de modo indesejado, ocorrendo um prejuízo objetivo para a saúde do indivíduo. (DESSAUNE, 2017. p. 192-193)

Dessaune (2017), em sua obra, destacou doutrinadores para fundamentar sua teoria a respeito do tempo como direito da personalidade, como por exemplo:

Os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular, por possuírem características que decorrem da própria essência do instituto, sendo essas: eficácia absoluta, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e extrapatrimoniabilidade (SOARES apud DESSAUNE 2017, p. 186).

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar as condições do ambiente em que se encontra, aferindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. (DINIZ, 2007, p. 72-73)

E ainda segundo sua teoria, Dessaune (2017, p. 208):

Sustenta-se que a violação constitucional ao “lazer” é ato antijurídica, e o dano causada por esta violação atingiria, em princípio, a saúde, desenvolvimento social e a qualidade de vida, por se tratarem os objetos do direito constitucional em comento, e que seria impossível a realização de duas atividades ao mesmo tempo, ou por serem incompatíveis ou fisicamente excludentes, ou seja, só daria para realizar uma no presente suprimindo a outra no futuro, logo quando a pessoa consumidora, de modo indesejado, precisa suprimir seu “lazer” prejudica seu cotidiano ou seu projeto de vida, o que representa um prejuízo efetivo para ela.

O direito ao lazer está mencionado no artigo 6º da CRFB/88, como direito social, com objetivo de recuperar a energia mental despendida.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para Duarte apud Silva, o lazer é definido como “entrega à ociosidade repousante”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, traz expressamente o direito ao lazer como um dos direitos essenciais para o ser humano, um ato importante para a preservação da boa qualidade de vida, In verbis: “Artigo XXIV - Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

Outros autores corroboraram o entendimento da perda do tempo produtivo ou desvio produtivo do consumidor fosse difundida, como por exemplo:

A ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre”. (GUGLINSKI apud TARTUCE, 2016, p. 564).

É também o entendimento de alguns julgados nos Tribunais de SP, RJ e do STJ, como pode-se observar nas jurisprudências:

APELAÇÃO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
– Consumidor demandante indevidamente cobrado, por débito regularmente satisfeito. – **Completo descaso para com as reclamações do autor. – Situação em que há de se considerar as angústias e aflições experimentadas pelo autor, A PERDA DE TEMPO E O DESGASTE COM AS INÚMERAS IDAS E VINDAS PARA SOLUCIONAR A QUESTÃO.** – Hipótese em que tem aplicabilidade a **CHAMADA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR** Inequívoco, com efeito, o sofrimento íntimo experimentado pelo autor, que foge aos padrões da normalidade e que apresenta dimensão tal a justificar proteção jurídica indenização que se arbitra na quantia de R\$ 5.000,00, à luz da técnica do desestímulo. – Danos materiais, porém, bem rejeitados Dobra do art. 42, parágrafo único, do CDC Norma que, como qualquer outra prevendo sanção, impõe interpretação restritiva Hipótese em que o autor não chegou a satisfazer o que lhe era cobrado “em excesso”. – Arquétipo da norma, portanto, não concretizado. – Sentença de rejeição dos pedidos parcialmente reformada, com a proclamação da parcial procedência da demanda e distribuição proporcional da responsabilidade pelas verbas da sucumbência. (TJ-SP Apelação nº 1027480-84.2016.8.26.0224. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Guarulhos. Des. Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julgado em 5 de março de 2018.)(grifo nosso).

Observa-se que o Desembargador no julgado acima, aplicou a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, fundamentando-a no desgaste que o consumidor teve para

solucionar a questão, condenando a ré em danos morais. Porém, afastou por falta de provas os danos materiais.

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA. TENTATIVA DE SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA FRUSTRADA. PERDA DO TEMPO ÚTIL. DANO MORAL CONFIGURADO. Incontroversa a falha na prestação do serviço consubstanciada nas cobranças indevidas pelo uso do serviço de DDD. Parte autora que tentou, por diversas vezes, solucionar administrativamente o problema, porém, sem êxito. Necessidade de intervenção do poder judiciário. Perda do tempo útil do consumidor. Dano moral configurado. Quantia que se fixa em R\$ 3.000,00 (três mil reais), em consonância com a jurisprudência desta Corte em situações correlatas. Reforma parcial da sentença. RECURSO PROVIDO.

(TJ-RJ – APL: 05035877720148190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA CÍVEL, Relator: MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO, Data de Julgamento: 19/07/2017, VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 24/07/2017)

Na jurisprudência acima, o autor interpôs apelação e obteve êxito com a fundamentação e aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor, a Relatora entendeu que houve a perda do tempo útil do consumidor e fixou valor de dano moral.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, “D”, DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.
2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.
3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.
4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psicofísica da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.
5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.
6. No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao

ofensor – é, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.

7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, ENTRE ELES, O TEMPO.

8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR.

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

10. Recurso especial provido. (STJ 3ª Turma – Resp. 1.737.412 – Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019. DJe: 08/02/2019). (grifo nosso)

Destaca-se o brilhante entendimento da Rel. Min. Nancy Andrighi (2019), da 3ª turma do STJ, aplicando a Teoria do Desvio produtivo do consumidor ao dano moral coletivo, com fundamento que a instituição financeira optou por não adequar seus serviços aos padrões de qualidade e impôs assim a sociedade ao desperdício de tempo útil, o que acarreta violação injusta e intolerável ao interesse social, ensejando assim o dano moral coletivo.

Lembrando que a mesma fez a primeira menção à Teoria do desvio produtivo do consumidor, como já mencionado anteriormente neste trabalho.

3. ANÁLISE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0056716-18.2018.8.19.0000 – CANCELAMENTO DA SUMULA 75 DO TJ -RJ

O processo administrativo em foco, tramitou no OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ÓRGÃO ESPECIAL, sob a relatoria do Des. Mauro Pereira Martins, e está relacionado com o CANCELAMENTO da súmula 75 do TJ-RJ, proposto pela OAB/RJ, cujo o teor ora se transcreve:

O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstancia que atenta contra a dignidade da parte.

Segundo o Relator, o enunciado deveria ser CANCELADO, por estar em dissonância com diversos precedentes do STJ e do próprio TJRJ, e ainda baseado especificamente na Teoria do Desvio Produtivo do consumidor, na perda do tempo útil.

Segundo o Desembargador Mauro Pereira Martins (2018, fls. 5), não faz o menor sentido que o consumidor perca seu tempo – já escasso – para tentar resolver problemas decorrentes de bens e serviços concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo.

Segundo a Desembargadora Lucia Helena do Passo (2018, fls.7)

A súmula merecia ser cancelada, inclusive, chamando atenção para o fato de que, apesar de o verbete ter utilizado o termo "mero aborrecimento" como forma de valorizar os pedidos de dano moral, evitando-se, de tal modo, um exagero na judicialização da vida em sociedade, não obteve êxito, segundo a experiência diária estaria a demonstrar. E mais, asseverou que a súmula acabou dando origem a uma tolerância do Poder Judiciário à omissão das grandes empresas em oferecer mecanismos próprios para solucionar problemas referentes às falhas de seus serviços ou produtos relatados pelos consumidores.

Destaca-se a ementa do acórdão:

PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO A REQUERIMENTO DO CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CEDES, MEDIANTE PROVOCAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO (OAB/RJ). PROPOSIÇÃO DE CANCELAMENTO DO VERBETE SUMULAR Nº 75, DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE JULGADOS DESTA CORTE, E TAMBÉM DO STJ, NO SENTIDO DE QUE O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL É, SIM, CAPAZ DE GERAR DANO MORAL, DESDE QUE HAJA LESÃO A ALGUM DOS DIREITOS INERENTES À PERSONALIDADE, ADOTANDO-SE A TEORIA OBJETIVA, EM DETRIMENTO DA TEORIA SUBJETIVA A QUE ALUDE O ENUNCIADO DE SÚMULA, QUANDO FAZ REFERÊNCIA AO MERO ABORRECIMENTO, EXPRESSÃO DEMASIADAMENTE AMPLA E CAPAZ DE GERAR AS MAIS DIVERSAS E VARIADAS INTERPRETAÇÕES, POR PARTE DE CADA MAGISTRADO, DIANTE DE CASOS CONCRETOS FUNDADOS EM UM MESMO FATO DANOSO, COM VIOLAÇÃO, ASSIM, DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. JULGADOS DESTA CORTE DE JUSTIÇA QUE, DESDE OS IDOS DE 2009, **TRAZEM DENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE O TEMPO DO CONTRATANTE, QUE NÃO PODE SER DESPERDIÇADO INUTILMENTE**, TOMANDO POR BASE A MODERNA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. SÚMULA QUE NÃO MAIS SE COADUNA COM O ENTENDIMENTO ADOTADO POR ESTE SODALÍCIO, E, QUE ACABA POR SERVIR DE AMPARO PARA QUE GRANDES EMPRESAS, EM FRANCA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, CONTINUEM A LESAR OS DIREITOS DOS CONTRATANTES, SOB O AMPARO DE QUE O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL NÃO É CAPAZ DE GERAR MAIS DO QUE MERO ABORRECIMENTO **ACOLHIMENTO DA PROPOSTA DE**

CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 75, DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (grifo nosso)

A sociedade tem carências maiores que do que os recursos relativamente disponíveis para satisfazê-la, ou seja, suas escolhas serão baseadas em despender o mínimo de recursos possíveis para satisfazer o máximo dessas carências. (Dessaune apud Troster, 2017, p. 158),

Jonsson, critica a máxima – quase universal – de que “tempo é dinheiro”, pela qual “o dinheiro constitui o padrão-ouro da vida. “diversamente, ela defende que o padra – ouro da vida é o “tempo”; que ele, e ele, e não o dinheiro, “constitui o verdadeiro capital” do homem. E justifica sua proposição asseverando que o “tempo” é o capital que possuímos passível de ser convertido em dinheiro, em relações humanas, em interação com o meio ambiente, em conhecimento, em aprofundamento de sentimentos – sendo, por conseguinte, o maior e mais valioso capital do homem.(JONSSON, 2004 apud DESSAUNE, 2017, p.154 - 155)

Segundo Dessaune (2017), o tempo é um recurso produtivo necessário para o desempenho de qualquer atividade, e que as pessoas querem sempre mais tempo – principalmente para investir em “qualidade de vida “ – do que o quinhão que nela recebem. Sendo assim, conclui-se, mediante a aplicação direta a lei da oferta e da procura, que o tempo é um bem escasso em relação a demanda por ela existente.

Dessaune, (2017, p. 160) conclui, portanto, que o tempo é o bem econômico mais valioso de que a pessoa humana dispõe em sua existência, e que só pode ser comparado, sua importância, à saúde física e mental, por serem necessárias para gozá-lo em sua plenitude, e foi sob esta ótica que a sumula 75 foi cancelada. Cumpre destacar a conclusão do Dr. Marcos Dessaune, a respeito da súmula 75:

Afinal, enfatize-se, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida. Por sua vez, as atividades existenciais não admitem adiamentos nem supressões indesejadas, uma vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo. No Brasil, a expectativa de vida ao se nascer no ano de 2015 era de 75,5 anos. Significa dizer que o maior, o mais valioso e o verdadeiro capital de toda pessoa, que por meio de escolhas livres e voluntárias pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, são esses 75,5 anos, 27.557 dias ou 661.380 horas de vida do brasileiro. (DESSAUNE, 2019, p. 31)

E ainda, nas palavras do Desembargador, Mauro Pereira Martins (2018):

Resta demonstrado, portanto, que o verbete sumular n.º 75, diante da evolução do entendimento adotado por este Tribunal de Justiça, seguindo doutrinas modernas e também já adotadas em julgados do Superior Tribunal de Justiça, não tem mais razão de ser.

Afinal, enunciados de súmula não são estáticos, nem estratificados, devendo sempre ser revistos ou mesmo cancelados, de forma a refletir o entendimento atual do Tribunal, caso surjam novos fundamentos aptos a fazer a Corte mudar de posicionamento sobre determinada matéria, de forma que continue a cumprir a sua finalidade de racionalização da atividade judiciária, que deve sempre buscar ser célere, justa, e efetiva para os jurisdicionados.

Com efeito, cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano—ou não —a quaisquer **DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO CONTRATANTE, DENTRE OS QUAIS, O SEU TEMPO ÚTIL**, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.(grifo nosso)

O desembargador entendeu que o direito é mutável e com o passar do tempo alguns entendimentos podem ser modificados, uma vez que as súmulas não são estáticas, podendo estas, serem revistas ou canceladas para que o direito siga as doutrinas modernas. Dito isto, reconhece em seu voto “o tempo” como direito da personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou o acórdão que cancelou a súmula 75, também conhecida como “súmula do mero aborrecimento”, com o enfoque na teoria do desvio produtivo do consumidor, de forma que, fique claro sobre sua respectiva importância para o mundo jurídico contemporâneo, uma vez que o entendimento crítico da derrubada da súmula mencionada foi a própria teoria desenvolvida pelo advogado Marcos Dessaune.

A decisão de cancelar a súmula 75, resguarda os direitos da personalidade, uma vez que as empresas/fornecedores utilizavam-se desta para agir de má fé com os consumidores. Por óbvio seu impacto ainda não pode ser observado, pois a decisão sobre o cancelamento foi em 17 de dezembro de 2018 e ainda há uma enorme dificuldade dos juízes de 1ª instância primar pelo direito ao lazer, pelo tempo produtivo, tempo esse como restou firmada pelo cancelamento da súmula, reconhecido como direitos da personalidade.

Acredita-se que o dano moral não pode ser tratado como um mero aborrecimento, deixando margem para que o inadimplemento das obrigações contratuais entre fornecedor e consumidor aconteçam. O dever de reparar o dano moral tem que ser utilizado como punição ao fornecedor que descumprir suas obrigações, por ter lesado o consumidor, mais

precisamente o seu tempo produtivo, suporte fático da vida humana, e, como tal, dotado de intransmissibilidade, indisponibilidade, extrapatrimonialidade e impenhorabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDÃO, Des. Rel. Mauro Pereira Martins, processo administrativo nº , disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/leia-decisao-tj-tj-cancelou-sumula-mero.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2019.

CAVALIERI, Filho Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONJUR. **STJ reconhece...** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>, acesso em 14 de outubro de 2019.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. Ed. Ver. e ampl. - Vitória, ES: [s.n.], 2017.

DESSAUNE, Marcos. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 1-232, 1º semestre/2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. volume 7. Responsabilidade civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Levando o direito ao lazer a sério. **Revista Do Tribunal de contas do estado de Minas Gerais**, 2009. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/638.pdf>, acesso em 23 de outubro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**. volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. 2ª ed. Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2016.

PORTELLA, Ernesto. Site Jus.com. acesso em 14 de outubro de 2019. <https://jus.com.br/artigos/69564/a-inconstitucionalidade-do-mero-aborrecimento>

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único I**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TJ, jurisprudências. <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>, acesso em 19 de março de 2019.