

ESTUDOS  
DE  
DIREITO  
PÚBLICO  
E  
PRIVADO

—

COLETÂNEA JURÍDICA

VOLUME

**1**

ORGANIZADORES:

PROF. MSC JOSÉ CARLOS FERREIRA DA LUZ

PROF. MSC JEAN PATRÍCIO DA SILVA

PROFA. MSC ANA VIRGÍNIA CARTAXO ALVES

ISBN: 978-85-5597-024-5

# **Estudos de direito público e privado: coletânea jurídica volume 1**

**José Carlos Ferreira da Luz  
Jean Patrício da Silva  
Ana Virgínia Cartaxo Alves  
(Organizadores)**

Instituto de Educação Superior da Paraíba - IESP

Cabedelo  
2018



INSTITUTO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DA PARAÍBA – IESP

**Diretora Geral**

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

**Diretora Acadêmica**

Iany Cavalcanti da Silva Barros

**Diretor Administrativo/Financeiro**

Richard Euler Dantas de Souza

**Editora IESP**

**Editores**

Cícero de Sousa Lacerda

Hercilio de Medeiros Sousa

Jeane Odete Freire Cavalcante

Josemary Marcionila Freire Rodrigues de Carvalho Rocha

**Corpo editorial**

Antônio de Sousa Sobrinho – Letras

Hercilio de Medeiros Sousa – Computação

José Carlos Ferreira da Luz – Direito

Marcelle Afonso Chaves Sodré – Administração

Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia

Rafaela Barbosa Dantas – Fisioterapia

Rogério Márcio Luckwu dos Santos – Educação Física

Thiago Bizerra Fideles – Engenharia de Materiais

Thiago de Andrade Marinho – Mídias Digitais

Thyago Henriques de Oliveira Madruga Freire – Ciências Contábeis

Copyright © 2018 – Editora IESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (IESP)**

E79 Estudos de direito público e privado [recurso eletrônico] / organizadores, José Carlos Ferreira da Luz, Jean Patrício da Silva, Ana Virginia Cartaxo Alves. – Cabedelo, PB : Editora IESP, 2018.  
209 p. ; v.1.

Formato: E-book

Modo de Acesso: World Wide Web

ISBN: 978-85-5597-024-5

1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Legislação. 4. Direito. I. Luz, José Carlos Ferreira da. II. Silva, Jean Patrício da Silva. III. Alves, Ana Virgínia Cartaxo.

CDU: 342+347

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

**Editora IESP**

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,  
Bloco E - 3 andar - COOPERE  
Morada Nova. Cabedelo - PB.  
CEP 58109-303

# AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA INICIAÇÃO CIÊNCIA DO CURSO DE DIREITO DO IESP FACULDADES<sup>1</sup>

José Octavio de Arruda Mello<sup>2</sup>

Foi com enorme satisfação, que recebi convite do professor Jean Patrício do curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP- Faculdades) para tecer algumas considerações sobre a obra “Estudos de Direito Publico e Privado, volume I”, composto de quinze artigos, fruto da participação dos alunos no INOVA IESP, encontro de Iniciação Científica realizado no segundo semestre de 2017 envolvendo todos os cursos da Instituição.

E de se louvar a iniciativa da instituição e particularmente do curso de Direito coordenado pelo Professor José Carlos em aprimorar a pesquisa e extensão no curso de Direito, algo extremamente importante para a educação, no sentido que a pesquisa forma o tripé básico da formação acadêmica que aliado ao ensino e extensão constituem a formação básica de qualquer profissional.

Mas, em que consistiu essa inovação? Como resposta pode afirmar que o envolvimento dos professores e coordenação de curso, foi fundamental para o sucesso do evento. Tendo como coordenador da iniciação científica o professor Jean Patrício, e contando com o apoio do Coordenador José Carlos e Mariana Tavares conseguiram os seguintes resultados: 93 trabalhos inscritos, 244 alunos participantes e 32 professores como orientadores, o que demonstrou um salto qualitativo e quantitativo em relação ao ano de 2016.

Diante do sucesso do evento, surgiu uma questão. E porque não publicar os melhores trabalhos numa coletânea? Tendo a frente o professor José Carlos, e auxiliados pelos professores Jean Patrício e Ana Virginia, eis que surge este estudo que representa mais uma inovação do curso de direito do IESP.

Os artigos selecionados constituem o eixo clássico da divisão do direito, que desde os Romanos, os dividiu entre o Público e o Privado. Os temas desenvolvidos envolvem varias temáticas que abarcam os diversos ramos do Direito a exemplo “A Constitucionalização da

---

<sup>1</sup> Prefacio da obra “Estudos de Direito Público e Privado, Volume I”. Editora do IESP-FACULDADES , volume único, primeira edição. João Pessoa-PB

<sup>2</sup> Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em Ciências pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Comissão Editorial da Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), sendo consultor para área de História do Direito. Membro do Conselho Editorial da revista de Direito do IESP-FACULDADES. Membro da Academia Paraibana de Letras. Autor dos perfis parlamentares de Epitácio Pessoa (1978) e de Samuel Duarte (2015), dentre outras obras nas áreas de História, Ciência Política e Direito.

Automação Prevista no Rol dos Direitos Sociais”, “O Estado Social e a Constituição de 1988” como também o trabalho acerca da Imunidade Parlamentar. No âmbito do Direito Penal a discussão sobre “Autopsia Criminal” “O Jogo da Baleia Azul”, nos trás uma reflexão bastante importante no Direito Penal, dentre outros exemplos. Espero que este trabalho não fique neste estudo. Que outros “Inovas” e eventos deste porte façam parte do roteiro acadêmico do curso de direito.

Praia de Tambaú

No mês de Dezembro de 2017.

## SUMÁRIO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA AUTOMAÇÃO PREVISTA NO ROL DOS DIREITOS SOCIAIS .....	5
CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E A LUTA DOS REFUGIADOS: A DESTRUIÇÃO DA ALMA E A RECONSTRUÇÃO DA VIDA .....	12
AUTÓPSIA PSICOLÓGICA NA PERÍCIA CRIMINAL .....	26
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANDO CONCORRE PARA O ADVENTO DO DANO .....	34
IMUNIDADE OU IMPUNIDADE PARLAMENTAR, COMO DEFINI-LA? .....	43
BALEIA AZUL: O “JOGO” CRIMINOSO .....	58
DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICABILIDADE DESTA TUTELA NO BRASIL .....	71
ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NO TRABALHO: UMA SÍNTESE PSICO-PENAL .....	88
A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM FOCO NO DIVÓRCIO.....	101
O DIREITO ELETRÔNICO E A PRIVACIDADE DA PESSOA HUMANA .....	109
O ESTADO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	118
A IMPORTÂNCIA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS TRIBUTÁRIAS PARA A MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA: ESTUDO SOBRE A VINCULAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO MEIO DE APLICAÇÃO DA ACCOUNTABILITY VERTICAL .....	137
A PERSONALIDADE JURÍDICA DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO. ....	148
A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO FAMILIAR À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	164
GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: ANÁLISE COMPARADA DAS REGRAS BRASILEIRAS E DE OUTROS PAÍSES.....	191
O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	199

## CAPÍTULO 1

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA AUTOMAÇÃO PREVISTA NO ROL DOS DIREITOS SOCIAIS

Francisca Luciana de A. Borges Rodrigues<sup>3</sup>

Thais Souza Bizerril<sup>4</sup>

### INTRODUÇÃO

Com o surgimento da sociedade contemporânea, vários marcos na história aconteceram os quais mudaram totalmente a vida do homem. Com o passar dos dias novas descobertas eram feitas, muitas delas com o intuito de melhorar a qualidade de vida humana, assim como facilitando os mesmos na realização de tarefas repetitivas, esta atividade ficou conhecida como Automação.

Com o advento da automação, que pode ser caracterizada como uma revolução ou mudança na forma como a classe trabalhadora trabalhava nas fábricas, que originou-se na revolução industrial na Inglaterra no século XVIII e XIX, com o objetivo de substituir a mão de obra humana pelas máquinas, e as fábricas tinham por esse objetivo para ser cada vez mais rápido na produção, aumentar seus lucros. Assim as máquinas eram consideradas mais rápidas, com custos consideravelmente mais em conta do que a mão de obra humana.

Assim, os trabalhadores ficaram obsoletos no mercado de trabalho por causa da modernização das máquinas, isso gerou graves consequências como, por exemplo, o desemprego da classe trabalhadora.

Os trabalhadores trabalhavam em média 14 horas por dia, mulheres e homens trabalhando sem as mínimas condições, sem dignidade, com salários que não condiziam a com a realidade desse período.

---

<sup>3</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas e especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho. Professora do curso de Direito do IESP FACULDADES

<sup>4</sup> Aluna do curso de Direito do IESP-FACULDADES

O artigo 7º da Constituição Federal de 1988, apresenta o direito dos trabalhadores urbanos e rurais, que visem a melhoria na condição de trabalho, a qual iremos abordar mais adiante nesse artigo.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho é apresentar a história da Automação na Constituição Nacional, apresentando sua finalidade em conformidade com o que diz a lei, além de todos os benéficos e malefícios que a mesma pode proporcionar para a classe trabalhadora.

## **1. METODOLOGIA**

Para atingir os objetivos do presente artigo foi realizado uma revisão na literatura com o intuito de detectar a opinião de diversos autores sobre o tema, onde destacamos a relevância do conteúdo em questão. A finalidade dessa pesquisa é abordar a temática da automação com relação aos trabalhadores previsto na Constituição Federal no seu artigo 7º.

## **2. HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA AUTOMAÇÃO PREVISTO NO ROL DOS DIREITOS SOCIAIS**

Na Inglaterra no século XVIII e XIX, era inventado a primeira invenção da que mais adiante chamaríamos de revolução industrial, com a chamada máquina a vapor. Com o primeiro avanço tecnológico da época nas fábricas, e logo após começaram com a chamada de revolução industrial.

Segundo Delgado 2007, p.86 *apud* abdconst<sup>5</sup>: O Direito Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade.

Onde começava a automação que é caracterizada por uma inovação ou mudança, a mão de obra humana estava sendo substituída pela mão de obra da máquina, consequências como o desemprego e a pobreza era em grande escala.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protacaoCassia.pdf>

As fábricas tinham como principal objetivo melhorar sua produção em mercado, aumentar seus lucros e a rapidez como faziam os trabalhos, por isso era vantagem para os donos de fábricas em investir nas modernas máquinas.

No século XIX a revolução industrial chegou em outros países como Alemanha, França, Itália e Rússia, e assim os países eram cada vez mais desenvolvidos. Na metade do século XIX que a revolução industrial chega nos EUA, tornando cada vez mais importante esse avanço.

De acordo com Martins, 2005, p.39 *apud* abdconst<sup>6</sup>, “A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada.”

Com o advento da revolução industrial é que surgiu a automação, as fábricas substituindo cada vez mais a classe trabalhadora pelas máquinas.

Para Nascimento, 2005, p.12 *apud* abdconst<sup>7</sup> [...] um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidade de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.

Homens e mulheres trabalhavam arduamente em fábricas com jornadas de trabalhos exaltantes como de 14 a 16 horas, com situações precárias, correndo riscos a própria saúde e sem a mínima condição de dignidade para o trabalhador.

### **3. OS BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS COM O ADVENTO DA AUTOMAÇÃO**

A automação tem duas diferenças como seus benefícios e seus malefícios que são, os benefícios da automação são o aumento da produtividade das fábricas em relação ao trabalho realizado, ou seja, antes era feito pela mão de obra humana, foi sendo substituído pelas máquinas. As máquinas sendo cada vez mais rápidas, mais veloz e mais ágil.

Com o advento das máquinas os custos foram menores, pelo motivo de apenas por exemplo, de uma máquina fazer o serviço que vários trabalhadores faziam antes, a diferença da qualidade do produto final em que os trabalhadores faziam cada um do seu jeito, as máquinas fazem todas de apenas um jeito. Por fim, a redução dos custos, com o investimento das máquinas, reduz o que era gasto com mão de obra humana.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

<sup>7</sup> Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

#### 4. EVOLUÇÃO DA CLASSE TRABALHADORA COM O ADVENTO DA AUTOMAÇÃO

A Constituição Federal de 1934 elencou o direito do trabalho, dando o primeiro direito que a classe trabalhadora tinha, como, por exemplo, estabelecendo assim o salário mínimo, jornada mínima de oito horas, as férias remuneradas, proteção as mulheres, foi uma série de mudanças para dá cada vez mais dignidade aos trabalhadores.

Com a Constituição de 1943 que estabeleceu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), legislação essa que trouxe como norma com o intuito de regulamentar as leis que se referem ao trabalho no Brasil.

Segundo Martins, 2005, p.44 *apud* abdconst<sup>8</sup> explica: Existiam várias normas esparsas sobre os mais diversos assuntos trabalhistas. Houve a necessidade de sistematização dessas regras. Para tanto, foi editado o decreto-lei nº 5.452, de 1943, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O objetivo da CLT foi apenas reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as. Não se trata de um código, pois este pressupõe um Direito novo. Ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente à época, consolidando-a.

Conforme Nascimento, 2011, p.104 *apud* abdconst<sup>9</sup>: [...] o instrumento de cristalização dos direitos trabalhistas que se esperava. A mutabilidade e a dinâmica da ordem trabalhista exigiam constantes modificações legais, como fica certo pelo número de decretos, decretos-leis e leis que depois foram elaborados, alterando-a.

Em 1966 com o governo de Castelo Branco que foi criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que é uma proteção ao trabalhador que foi demitido sem justa causa.

Com a Constituição Federal de 1988 traz proteção a classe trabalhadora, seja ela individual ou coletiva, com seus direitos assegurados na forma da lei. Visando assim a melhoria nas condições de trabalho.

De acordo com Silva, 2003, p.288 *apud* abdscon<sup>10</sup>t, São direitos dos trabalhadores os enumerados nos incisos do art. 7º além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Temos, assim, direitos expressamente enumerados e direitos simplesmente previstos.

---

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

Dos enumerados, uns são imediatamente aplicáveis, outros dependem de lei para sua efetivação prática [...]

Vejam os que diz o artigo.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença- paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

Esses são alguns dos direitos que estão na CF/88 estabelecendo assim os direitos que os trabalhadores possuem na forma da lei.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho apresentou um texto dissertativo e descritivo sobre a Constitucionalização da Automação prevista no Rol dos Direitos Sociais. É inegável que a automação veio para facilitar a mão de obra humana a realizar tarefas repetitivas, as quais hoje se faz com uma rapidez e eficiência maior.

Porém, percebemos que Automação pode gerar desemprego na classe trabalhadora, uma vez que muitas tarefas realizadas pelo homem, hoje pode ser substituída por máquinas. Então, o importante é que aconteça um meio termo, levando em consideração que a criação das máquinas é legado dos homens, e conseqüentemente são os mesmos que são os responsáveis por seu manuseio.

Ressaltamos que Constituição Federal de 1988, onde a carta magna veda a automação nos termos da lei, além de ser tratar de uma norma de eficácia limitada e por não ter a sua disciplina legislativa pronta e acabada, a mão de obra humana anda sendo substituída pela mão de obra da máquina.

## REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

Apud <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005.

Apud <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Apud <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005. Apud

<http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Apud

<http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo:

Malheiros, Apud 2003. <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>

## CAPÍTULO 2

### CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E A LUTA DOS REFUGIADOS: A DESTRUIÇÃO DA ALMA E A RECONSTRUÇÃO DA VIDA

Sandra Helena Bastos dos Santos <sup>11</sup>

Iarine da Costa Florêncio Soares<sup>12</sup>

Amanda Carneiro Stuckert<sup>13</sup>

Eva Lorranny Santos Magalhães<sup>14</sup>

Luanna Nunes Lins Albuquerque<sup>15</sup>

#### INTRODUÇÃO

Um mundo próspero e digno é aquele no qual as pessoas podem se sentir seguras e protegidas, com seus entes queridos, com suas culturas e com seu lar. É, entretanto, um mundo por muitos considerado utópico, visto que, por razões políticas, econômicas, ideológicas ou naturais, pessoas são forçadas a se deslocarem para proteger a vida. Muitos desses indivíduos optam por deixar suas atividades corriqueiras e recomeçar em outra nação, sem a garantia de seus direitos basilares desde a travessia até a acolhida em outro país. Logo, termina por ser abandonado em sua pátria materna, junto a suas esperanças, e o sentimento de pertencimento a algum lugar inerente a um determinado agrupamento humano.

As condições inumanas vivenciadas pelos refugiados em embarcações superlotadas ou em acampamentos e fronteiras com pouca estrutura fez com que os países signatários da ONU intervissem em prol do bem-estar daqueles. Assim, as políticas pró-imigração, como a concessão de vistos de forma mais rápida, foram estabelecidas por algumas nações.

Apesar de serem criados acordos de melhoria, verifica-se que muitos países não os cumprem, seja por não garantirem uma travessia segura, seja por não oferecerem uma qualidade de vida razoável. Além das falsas promessas feitas por alguns; outros negam o

---

<sup>11</sup> Professora de Direito Constitucional do IESP-FACULDADES

<sup>12</sup> Aluna do curso de direito do IESP-FACULDADES

<sup>13</sup> Aluna do curso de direito do IESP-FACULDADES

<sup>14</sup> Aluna do curso de direito do IESP-FACULDADES

<sup>15</sup> Aluna do curso de direito do IESP-FACULDADES

refúgio, causando, dessa forma, uma dualidade entre o direito e a ética, entre conceder auxílio a um grupo de indivíduos que necessitam e a soberania dos países.

## **1. CONTEXTO HISTÓRICO - ONU E ACNUR**

A segunda guerra mundial motivou importantes mudanças ideológicas no que se refere à necessidade de proteção das coletividades sociais. Após o episódio brutal de perseguição sistemática e matança que ocorreu no século XX, viu-se necessária a imposição de limitações deontológicas capazes de estabelecer, internacionalmente, parâmetros legais, políticos e ético-sociais de proteção aos direitos da pessoa humana. Assim, embasado na reflexão acerca das atrocidades cometidas durante o holocausto e a emergente preocupação internacional com a dignidade humana, houve a formulação doutrinária de um novo conceito de direitos humanos. (OLIVEIRA, 2015, *grifo nosso*).

A Organização das Nações Unidas (ONU), entidade criada em 1945, responsável legal pelas questões de dignidade humana dentro do âmbito internacional, passou a regular documentalmente e a consubstanciar os parâmetros ético-políticos de proteção humanitária através, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documento que objetiva evitar atrocidades cometidas a seres humanos em todo o mundo. Nesse contexto, também surgiram conceitos imprescindíveis para a garantia jurídica na salvaguarda da população civil, como, por exemplo, a definição de crimes contra a humanidade, os quais tratam, em linhas gerais, de temáticas como violação à vida, à liberdade e à dignidade, além de perseguições humanitárias de caráter coletivo.

Sob o prisma histórico pós-Segunda Guerra Mundial, o tema do refúgio geopolítico passou a ser abordado de forma mais vigorosa pela recém-criada ONU. Não havia, até meados do século XX, princípios éticos amadurecidos acerca das questões envolvendo refugiados, muito menos uma estrutura jurídica, de caráter internacional, capaz de prover proteção humanitária às pessoas nessa situação. O próprio conceito de “refugiado”, nos moldes do pensamento atual, não faria sentido, tendo em vista que, outrora, as fronteiras entre nações não eram tão bem delimitadas e o sentimento de pertencimento a um determinado povo era muito menos sistematizado. Atualmente, porém, a multiplicidade dos fatores envolvidos na formação de tais êxodos involuntários torna mais complexa a realidade desses agrupamentos humanos.

Por estarem sempre presentes na história, fatores como conflitos e perseguições desencadeiam frequentes migrações em massa. Na vertente dos acontecimentos brutais ocorridos na década de 1940, e dentro de um novo panorama geopolítico de relações cada

vez mais entrelaçadas entre países e continentes, fez-se necessário pela ONU, a criação de organizações destinadas a tratar da temática do refúgio. Assim, surgiu, em 14 de dezembro de 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que é apontado como a mais importante organização humanitária, apolítica e social, e tem por objetivo assistir qualquer pessoa que se encontra fora de seu país de origem e não pode (ou não quer) regressar ao mesmo por causa de fundados temores de perseguição de cunho ideológico, territorial, político ou religioso.

A fim de compilar o ideário de garantias do ACNUR e efetivar a institucionalização jurídica de todos os direitos essenciais dos refugiados, foi promulgada, em 28 de julho de 1951, também pela ONU, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra). A intenção desta é levar os países signatários a acolher e proteger pessoas que, em suas terras de origem, fossem perseguidas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou das suas opiniões políticas; além de conceder às mesmas, condições de vida semelhantes às que são propiciadas aos nativos do país de acolhimento, garantindo-lhes moradia, alimento e emprego.

No panorama atual, a ONU, através, de toda a sua estrutura organizacional, consolida-se como sendo uma das mais relevantes entidades engajadas nas questões que envolvem a proteção direitos humanos e de refugiados por todo o mundo. Ela atua em 126 países, inclusive em regiões de conflito (como Sudão, Chade, Colômbia), zonas afetadas por catástrofes naturais e em operações de repatriação de refugiados, como em Angola e no Afeganistão.

## **2. REFUGIADOS**

### **2.1 Conceito**

A princípio, é de fundamental importância elucidar a diferença entre os vários títulos atribuídos àqueles que partem de seus países. Com a crescente onda migratória global, que afeta, sobretudo os países do Oriente Médio, a ACNUR elaborou um artigo esclarecendo a diferença entre migrantes e refugiados. Em suma, apesar de serem usados como sinônimos hodiernamente, principalmente no âmbito midiático, há uma diferença legal primordial entre os dois conceitos. Para o termo migrante, não existe uma definição internacional, é usado, na maior parte das vezes, de forma genérica. A migração é comumente compreendida como um processo voluntário que pode acontecer por diversos fatores, tais como a busca por melhores

condições de vida, emprego, educação, reuniões familiares ou para aliviar dificuldades ocasionadas por fatores alheios à vontade do indivíduo, como crise econômica ou desastres naturais.

Em contraste, a questão dos refugiados, tema principal deste trabalho, é bem mais complexa. Estas pessoas saem de suas nações de origem por fundados temores ou concretização de perseguição política, ideológica e/ou étnica, conflitos, violência e demais circunstâncias que deturpam a ordem pública. As situações enfrentadas por estes são frequentemente degradantes ao ponto de decidirem evadir de seus países para buscar proteção e segurança. Os refugiados são assim conhecidos devido ao extremo risco do retorno aos seus países e a grave violação aos direitos humanos nestes, fatores que os impossibilitam ou os tiram o desejo de regressar e, por isso, carecem buscar refúgio em outros países, necessitando de assistência destes e de organizações relevantes como o ACNUR para ter seus direitos fundamentais resguardados.

## 2.2 Crise dos refugiados

A atual situação dos refugiados, sobretudo nos continentes asiático, europeu e africano, considerada pela Organização das Nações Unidas a pior crise humanitária do século, decorre de uma complexidade de fatores históricos que compreendem etnias, riquezas naturais e interesses econômicos. Conflitos em países como Afeganistão, Iraque, Síria, Congo, Nigéria, Somália, Iêmen, além das ações de grupos terroristas nestes países e as crises político-ideológico contribuem para a crescente busca por refúgio territorial.

Nos últimos anos, as estatísticas apresentam dados crescentes e alarmantes em proporção mundial, atingindo o mundo de maneira mais significativa do que antes fora. Como citado por Braga (2011), a temática “era tratada como um problema pontual e não como um assunto permanente”, contudo, tem se tornado pauta na esfera global. Em 2015, o número de deslocamentos de pessoas alcançou 65,3 milhões, alta de 9,7% na comparação com 2014. Em 2016, haviam 16,5 milhões de pessoas nessa situação. Metade do fluxo anual de refugiados corresponde aos sírios, sendo mais de 13 milhões os que necessitam de ajuda humanitária atualmente.

Destarte, na busca pela sobrevivência e por uma vida digna e procurando fugir do terrível âmbito em que se encontra, a massa de indivíduos que vivenciam situações desumanas em seus países atravessa as fronteiras nacionais. Para a Europa, as travessias são normalmente feitas através do Mar Mediterrâneo ou pelo Mar Egeu em botes ou embarcações

de estrutura precária, com preços inflados e excesso de passageiros, isento de segurança e, muitas vezes, feitas por traficante de pessoas. As ocorrências vivenciadas são tão desesperadoras e desumanas que muitas pessoas vendem todos os seus bens e gastam tudo o que tem para pagar a viagem. Nesse momento, ocorre a destruição de suas almas e perde-se a essência do que é ser humano; é aí que encontra-se a fronteira da dignidade.

Neste sentido, torna-se conveniente a obra de Dante Alighieri (2010, p. 71-74), *Inferno*:

Suspiros, prantos e gritos escutei ressoando pelo ar falto de estrelas, e assim chorando logo me encontrei. Estranhas línguas, falas tendo nelas palavras só de dor, marcas de ira, e mãos batendo e louca voz, flagelam [...] Esses não têm esperança da morte e cega vida vivem na desgraça, tanto que invejam qualquer outra sorte. [...] Do mal, que ao céu não haverei de vê-lo! Venho por vós levar à outra margem, à sombra eterna onde é calor e gelo.

De acordo com a ACNUR aproximadamente 219 mil pessoas cruzaram o mar em busca de uma vida melhor na Europa. A maior parte dos refugiados, principalmente em fuga da guerra na Síria, dirige-se para países como: Turquia, Líbano, Egito, Iraque e Jordânia – pela proximidade geográfica e maior facilidade no trajeto – que juntos receberam cerca de 4,3 milhões de pessoas desde o início da crise. O problema se aloja na condição econômica destes países, que têm pouca ou nenhuma estrutura para receber num curto espaço de tempo tamanha quantidade de pessoas e concedê-las requisitos básicos como abrigo, saúde e alimentação.

A crise dos refugiados impõe desafios aos direitos humanos e desequilibra os aspectos socioeconômicos dos países próximos aos conflitos, como os da África e do Oriente Médio. Como lado mais fraco dessa situação, os refugiados passam, segundo Haesbaert, por um “processo de des-reterritorialização” e se veem diante da necessidade de uma gradual reconstrução de suas vidas, mesmo face às dificuldades enfrentadas nos destinos para que seguem.

Os refugiados, nesse aspecto, estão em constante movimento, não só no sentido do seu deslocamento geográfico, mas também nas reflexões sobre sua definição impulsionadas pelos muitos desafios que enfrentam. A vulnerabilidade a qual são submetidos, principalmente entendida pela perda de seus direitos básicos, os deixa em uma condição de limites entre espaços (Estados), onde a retomada desses direitos, ou pelo menos uma parte deles, “depende, prioritariamente, de sua reintegração territorial e, por consequência, jurídica, ao espaço da política governamental” (MOULIN, 2011, p. 148). “A acentuada desterritorialização”, cheia de cicatrizes e sofrimento, ocorrida no momento de sua fuga, dá origem à sua fragilização

territorial, ou sua relação com o espaço, mas tem como consequência, também, o início de um novo ciclo de dinâmica territorial (HAESBAERT, 2012, p. 246).

### **3. A ATUAL POLÍTICA INTERNACIONAL EM RELAÇÃO AOS REFUGIADOS**

Na última década, mais de 65 milhões de pessoas foram expulsas de suas casas pela pobreza e pela guerra na África, no Oriente Médio, e em outros locais, de acordo com o ACNUR. A multidão de refugiados que se forma em decorrência disso representa um ponto de desencadeamento de complexas questões sociopolíticas, envolvendo um verdadeiro enovelado global de ideologias, interesses econômicos, princípios éticos, variáveis jurídicas, além de outras características peculiares, inerentes às estruturas funcionais das diferentes nações. Deste modo, o posicionamento a respeito de suas respectivas geopolíticas de acolhimentos a esses refugiados pode oscilar consideravelmente, a depender do panorama contextual vigente em cada país.

#### **3.1 Países que mais acolhem refugiados**

Entrevistas realizadas nos cinco continentes do planeta pela Iniciativa Humanitária Aurora mostram que a maioria das pessoas acreditam, de forma equivocada, que países ocidentais em posição econômica mais vantajosa estão acolhendo a maioria dos refugiados no momento em que o mundo lida com a pior crise migratória em décadas. Entretanto, são os países de média ou baixa renda, como Paquistão, Líbano, Jordânia e Turquia, que mais auxiliam os solicitantes de refúgio - cerca de 10 milhões de pessoas, no referido período, de acordo com dados ACNUR.

Dentre todos os países, a Turquia é o que mais acolhe refugiados atualmente, com um total de 2,77 milhões de pessoas, tal realidade é propiciada principalmente porque o país possui fronteiras com nações em conflito, no caso com a Síria e com o Iraque. O país representa uma porta de entrada de refugiados sírios no continente europeu, e esse fato acarretou mudanças drásticas na organização do fluxo migratório na Europa. Acordos firmados entre o governo turco e países europeus contrários a política de imigração da Turquia, objetivando o fechamento das fronteiras do país terminam por dificultar ainda mais a situação dos refugiados, aumentando sua aflição e o sentimento de exclusão.

O Paquistão, por sua vez, é um país que faz fronteira diretamente com o Afeganistão, uma nação envolvida em inúmeros conflitos, internos e externos, nos últimos anos. De acordo

com informações de agências humanitárias internacionais, como o ACNUR, aproximadamente de 1.576.800 refugiados cruzaram as fronteiras entre os dois países na última década, no intuito de fugir da situação calamitosa que permeia o Afeganistão.

O Líbano e a Jordânia são dois países que possuem regiões fronteiriças com a Síria. Destarte, tal qual ocorre na Turquia, essas duas nações terminam recebendo um número torrencial de refugiados sírios (entre outros), de modo que, na última década, aproximadamente 1,1 milhão de pessoas receberam abrigo em território libanês, enquanto que outras 664 mil foram acolhidas na Jordânia, no mesmo período. Um relatório elaborado pelo ACNUR compara o número de refugiados ao tamanho da população ou da economia dos países de acolhida, uma forma de mensurar a contribuição que tem sido dada por cada nação. Segundo o levantamento, o Líbano e a Jordânia abrigam o maior número de refugiados em relação ao tamanho de suas populações.

Na Jordânia, formou-se o maior campo de refugiados sírios do mundo, Azraq, que tem capacidade para abrigar até 130 mil pessoas, que vivem em contêineres e usam banheiros compartilhados por até 15 pessoas. Como fruto de uma parceria entre a ACNUR e a Fundação IKEAO, esse campo se tornou o primeiro no mundo a ser abastecido com fontes de energia renováveis, e, com o desenvolvimento de sua estrutura funcional, locais como esse estão se transformando em verdadeiras cidades, nas quais os refugiados começam a firmar cada vez mais as suas raízes.

A intensidade dessa catástrofe humanitária é pontualmente evidenciada nas palavras de Dante Alighieri (2010):

[...] ‘O céu não quer por ele ser manchado nem no profundo Inferno são bem-vindos, que uma glória dariam aos falhados’ [...] ‘Procura porto de outra sorte, que dá praia e passagem; não aqui’ [...] ‘Memória deles, pronto o mundo cassa; justiça e compaixão, deles desdenham; deixemo-los; apenas olha e passa.’

### 3.2 A anti-imigração europeia

A União Europeia consiste em um conjunto de nações que, pautadas por um posicionamento sociofuncional de benefício mútuo, buscam solucionar questões que interferem na dinâmica da Europa. Tal política, que visa colaboração e amparo entre os países membros e suas respectivas populações, muitas vezes não demonstra o mesmo espírito acolhedor quando se trata da prestação de auxílio às pessoas oriundas de nações que não

integram o bloco, de modo que os maiores índices de negação a abrigo aos refugiados em todo o mundo ocorre justamente nos países da união europeia, com algumas poucas exceções.

Com o agravamento da crise dos refugiados, algumas questões despertam uma tendência conservadora e tornam mais rígidas a regras imigratórias no bloco: o receio quanto ao mercado de trabalho (e um possível aumento no desemprego), a extensão de serviços públicos aos refugiados, o sistemas de benefícios do país que se aplicariam a eles e, também os altos gastos que tudo isso poderia acarretar aos seus governos. Sob o clima de protecionismo resultante, a União Europeia coloca pressão nos seus países membros cujas fronteiras mais recebem refugiados, como Hungria, Grécia e Itália.

Nesse intuito, o governo húngaro tem instituído políticas a fim de não acolher pessoas em situação de refugiadas: construiu-se um muro de 175km na fronteira com a Sérvia e aprovou-se leis que punem com até 3 (três) anos de prisão quem entrar ilegalmente no país, permitindo deportar quem estiver nessa situação. A Áustria, da mesma forma que a Hungria, anunciou a intenção de construir um muro para servir de barreira ao crescente número de imigrantes chegando ao seu território. Apesar de ser uma proposta ainda não concreta, essa iniciativa indica a não abertura política no que concerne ao amparo humanitário de estrangeiros. A Grécia representa um dos principais pontos de acesso à Europa e, conseqüentemente, vem recebendo um grande número de refugiados nos últimos anos. Entretanto, o país vem sofrendo, desde 2008, uma drástica crise econômica e política, levando-a a posicionar-se contra a entrada dos refugiados em sua fronteira, a fim de não agravar a situação da própria nação.

Alguns países europeus, que, teoricamente, pactuaram permitir a entrada limitada de refugiados em suas fronteiras, não têm, necessariamente cumprido as metas estipuladas. De acordo com informações da agência Ansa, um documento da Comissão Europeia (CE) mostra que a Hungria deveria realocar 1294 estrangeiros, porém fechou suas fronteiras e não permitiu o acesso de nenhum deles. A Polônia, por sua vez, deveria acolher 6.182, mas também terminou por fechar por completo as suas fronteiras aos estrangeiros em busca de refúgio. Já a República Checa realocou apenas o irrisório número de 12 dos 2.691 imigrantes que deveria em seu território.

Indo em sentido contrário ao posicionamento da maioria dos países europeus, que mantém uma política majoritariamente anti-imigratória, a Alemanha instituiu, desde 2015, uma “política de portas abertas” para aliviar a pressão sobre os países de fronteira permitindo que os refugiados sírios peçam seus vistos no país. Recentemente, porém, o governo alemão passou a se posicionar de forma mais rígida quanto à concessão de refúgio, tendo em vista

pressões sociopolíticas de outros países da União Europeia. O alto gasto do governo alemão, estimado em 6 bilhões de euros, para lidar com o fluxo de imigrantes que chegou ao país também preocupa a população.

#### **4. DIREITOS HUMANOS**

Segundo André de Carvalho Ramos (2016), os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Pode-se dizer que os mesmos são direitos indispensáveis à vida digna, e, a partir dessa perspectiva, torna-se imprescindível debater acerca do que viria a ser dignidade humana. Dessa maneira, constitui-se como tal, de acordo com o mesmo autor, na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.

No que refere-se a correlação entre os refugiados e os direitos humanos, torna-se perceptível o não cumprimento das premissas de proteção humanitária internacionalmente compactuadas e consubstanciadas através do protocolo assinado na convenção relativa ao estatuto dos refugiados. Dessa maneira, constata-se que a maioria das políticas relacionadas ao bem estar dos indivíduos submetidos a tais condições terminam por não se concretizar de modo completamente eficaz, gerando lacunas de proteção na seara ético-jurídico.

##### **4.1 Legislação internacional**

A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como Convenção de Genebra de 1951 ou, comumente, “Estatuto dos Refugiados”, foi o primeiro conteúdo relativo ao refúgio de forma clara e em nível internacional. De acordo com o ACNUR, esse tratado é um dos principais instrumentos consolidados para a proteção dos refugiados, garantindo que qualquer pessoa, em caso de necessidade, possa exercer o direito de buscar e usufruir de refúgio em outro país, como, por exemplo, devem propiciar aos refugiados tratamentos equivalentes aos nacionais; a não expulsão do território, salvo por motivos de segurança nacional ou ordem pública (ele não poderá ser expulso ou rechaçado para fronteiras de territórios em que sua vida ou liberdade estejam ameaçadas em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas); e a concessão de alojamentos.

Em sua essência, a Convenção de 1951 engloba valores humanitários de caráter fundamental, sendo reconhecida mundialmente como um instrumento vivo e capaz de assegurar aos refugiados o devido resguardo na inconstante realidade que vivenciam. Em concomitância com o Protocolo de 1967, colaborou para que milhões de vidas fossem salvas. O maior desafio, no entanto, reside em garantir que os Estados cumpram suas obrigações e implementem, de forma responsável e eficaz, um meio de cooperação internacional para a efetiva garantia de que os direitos humanos dos refugiados sejam respeitados e efetivados.

## **5. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE**

No que se refere aos crimes contra a humanidade, destaca-se onde e como estes foram instituídos no ordenamento internacional, assim como o que representam e defendem. Em 1945, após a segunda grande guerra, fez-se necessária a criação de um Tribunal Penal Internacional para julgar os crimes cometidos contra os agrupamentos humanos subjugados à condições bárbaras pelos nazistas, o conhecido Tribunais de Nuremberg. Após tais julgamentos, foram catalogados como crime contra a humanidade o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e outros atos inumanos cometidos contra a população civil.

Neste prisma, o Estatuto de Roma (1998) determina, em seu artigo 7º, atos de violação grave de direitos humanos (de forma generalizada e/ou sistemática), realizados contra a população civil, caracterizando-os como crimes contra a humanidade. Alguns desses atos, abordados como exemplos no Estatuto, além dos já previstos no Código de Nuremberg, são: atos de violação do direito à vida; transferência forçada de população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave; perseguição de um grupo ou coletividade por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional.

### **5.1 O contexto jurídico e as questões ético-morais**

Destarte, torna-se imprescindível fazer uma análise acerca da correlação entre o que se entende por crime contra a humanidade e a crise atual dos refugiados. A importância de tal correlação consubstancia-se no fato de que, no atual panorama geopolítico, há uma tendência de negar-se a entrada, em alguns países, principalmente europeus, de pessoas na condição de refugiados. As situações depreciativas as quais os mesmos são submetidos, acrescidas aos inúmeros pedidos de abrigo que terminam por serem negados, tornam passível o

entendimento de que várias nações, por negligência, estejam cometendo crimes contra a humanidade, no que tange a violação dos direitos humanos contra a população civil, de modo a privar inúmeros indivíduos de moradia ou condições essenciais de vida.

Contudo, sob a ótica jurídica, não é válido o argumento que tais atos caracterizam-se como crimes contra a humanidade, ficando essas questões limitadas ao campo da deontologia ética, tendo em vista a preponderância da soberania de cada nação e seu poder de autodeterminação no que diz respeito a suas respectivas políticas de fluxo internacional de pessoas. A decisão abordada por cada país interfere diretamente na geopolítica, podendo criar barreiras que dificultam as dinâmicas migratórias dos refugiados. Logo, a proteção destes não é um dever inerente aos países, havendo apenas, de forma pragmática, uma obrigação ética, sem que haja, necessariamente, qualquer imposição de resguarda jurídica.

## **6. CONCLUSÃO**

Encurralados nas rasas trincheiras do caos geopolítico, multidões de negligenciados seguem agonizando em algum lugar qualquer entre o inferno do qual fogem e os céus de portas estreitas, pelas quais não conseguem passar, restando-lhes frequentemente apenas um agonizante purgatório de indiferença e/ou preconceito. E nessa realidade social de muitos problemas e poucas soluções, sob a alegação de proteção de suas próprias fronteiras territoriais, muitas nações preferem romper as fronteiras da civilidade e da empatia, lançando no limbo da desesperança os desafortunados seres (cada vez menos) humanos, que geralmente pagam o alto preço por terem simplesmente nascido no lugar "errado".

E, assim, o resto do mundo vai seguindo o jogo, vai seguindo a vida... Menos para muitos que buscam refúgio; menos para aqueles que, injustiçados pelas regras do jogo, foram impedidos de jogar; menos para aqueles aos quais viver tornou-se palavra proibida - sobreviver é o seu único direito existencial, e migalhas de esperança é o que lhes oferecem em suas vidas; e esta mesma esperança é o que lhes resta ao morrerem, muitas vezes sem que tenham sequer chegado aos supostos paraísos, que lhes negaram ingresso por conta de pecados jamais concretizados.

Nesse cenário, onde a ética e o direito parecem ainda não terem encontrado um efetivo ponto de convergência, torna-se nítida a necessidade de reestruturação dos parâmetros organizacionais que regem a dinâmica geopolítica mundial, a fim de possibilitar que os anseios próprios à cada nação não terminem representando mais um duro obstáculo a ser

enfrentado na já tão árdua realidade dessas pessoas, que buscam não muito mais do que um refúgio, uma chance de recomeçar.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Lucía; PÉREZ, Claudi. União Europeia e Turquia chegam a acordo para expulsar refugiados. El País, Bruxelas, 8 mar. 2016. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/07/internacional/1457352301\\_920991.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/07/internacional/1457352301_920991.html)>. Acesso em 23 Nov. 2017.

ACNUR. 1996a. Convenção relativa ao estatuto dos refugiados. *In*: ACNUR. Manual de procedimentos e critérios a aplicar para determinar o estatuto de refugiado. Lisboa: ACNUR.

\_\_\_\_\_. Breve histórico do ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/>>. Acesso em 20 Nov. 2017.

ALIGHIERI, Dante. A divina comédia – Inferno. Tradução: Jorge Wanderley. São Paulo: Abril, 2010, v.6, 432p.

CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 201p.(Coleção Sinopses Jurídicas).

CHACRA, Gustavo. Quais países recebem mais refugiados no mundo? ESTADÃO. Fev. 2017. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/quais-paises-recebem-mais-refugiados-no-mundo/>>. Acesso em 19 Nov. 2017.

MÉDICOS SEM FRONTEIRAS. Refugiados sírios no Líbano convivem com medo e insegurança. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/refugiados-sirios-no-libano-convivem-com-medo-e-inseguranca>>. Acesso em 20 Nov. 2017.

ONU. Campo de refugiados na Jordânia se torna o primeiro no mundo a funcionar com energia limpa. Maio 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/campo-de-refugiados->

[na-jordania-se-torna-o-primeiro-no-mundo-a-funcionar-com-energia-limpa/](#)>. Acesso em 20 Nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Paquistão disponibilizará documentos de identidade para até 1 milhão de refugiados do Afeganistão. Jun. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/paquistao-disponibilizara-documentos-de-identidade-para-ate-1-milhao-de-refugiados-do-afeganistao/>>. Acesso em 19 Nov. 2017.

PAQUISTÃO afirma que não vai abrir fronteiras para refugiados. BBC. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010926\\_refugiados1.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010926_refugiados1.shtml)>. Acesso em 22 Nov. 2017.

PESQUISA mostra que Paquistão, Irã e Turquia acolheram mais refugiados que países do Ocidente. ESTADÃO. Maio 2017. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-mostra-que-paquistao-ira-e-turquia-acolheram-mais-refugiados-que-paises-do-ocidente,70001814925>>. Acesso em 20 Nov. 2017.

REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 22, n. 49, p. 61-83, Mar. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782014000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 Dez 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782014000100004>.

SANTOS, R.; ALVES, L.; SILVA, C.. Refúgio e Refugiados: O Instituto e as Políticas Migratórias Defensivas. Etic - Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, América do Norte, 1322 09 2017. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/6389/6086>>. Acesso em 29 Nov. 2017.

SILVA, Daniela Florêncio da. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas. Rev. bras. estud. popul., São Paulo, v. 34, n. 1, p. 163-170, Abr. 2017. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982017000100163&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100163&lng=en&nrm=iso)>.

Acesso em 21 Nov 2017.

<http://dx.doi.org/10.20947/s0102-3098a0001>.

## CAPÍTULO 3

### AUTÓPSIA PSICOLÓGICA NA PERÍCIA CRIMINAL

Vinícius Kelsen Brandão de Morais<sup>16</sup>

Anna Carolyne Gomes Alves<sup>17</sup>

João Alberto da Silva<sup>18</sup>

Amanda Stuckert<sup>19</sup>

José Carlos Ferreira da Luz<sup>20</sup>

Gabriella Henriques da Nóbrega<sup>21</sup>

#### INTRODUÇÃO

A perícia tem o papel de assistir o juízo na interpretação de fatos, aonde se faz necessária uma análise pertinente de outra ciência além do direito. Considerando a psicologia como a ciência que investiga os processos e estados conscientes, assim como as suas origens e efeitos, perícia psicológica é a investigação de processos e estados conscientes humanos, assim como as suas origens e efeitos, para servir como prova destinada a levar ao juiz elementos introdutórios sobre algum fato.

Por sua vez a perícia psicológica criminal é, portanto, um ramo da perícia forense que atua na investigação de processos e estados conscientes humanos, assim como as suas origens e efeitos, aplicada em indivíduo(s) envolvido(s) em um contexto de um crime.

Entre as formas de avaliação psicológica, encontra-se a perícia psicológica e, particularmente, uma ferramenta denominada Autópsia Psicológica. Esta última se destina a esclarecer casos de morte duvidosa, não do ponto de vista médico (físico), mas das razões psicológicas que podem estar associadas à morte e, nesse aspecto, pode ser um instrumento de investigação importante na criminologia.

#### 1. DESENVOLVIMENTO

---

<sup>16</sup> Discente do Instituto de Educação Superior da Paraíba

<sup>17</sup> Discente do Instituto de Educação Superior da Paraíba

<sup>18</sup> Discente do Instituto de Educação Superior da Paraíba

<sup>19</sup> Discente do Instituto de Educação Superior da Paraíba

<sup>20</sup> Mestre em Direito. Coordenador do curso de Direito do IESP-FACULDADES. Professor de Direito Civil.

<sup>21</sup> Docente do Instituto de Educação Superior da Paraíba.

## 1.1 Compreensões sobre o conceito e a aplicação da perícia criminal

A perícia diz respeito à ciência que auxilia na manutenção da justiça com a produção de prova, essa destinada a levar ao juiz elementos de convicção sobre algum fato que depende de conhecimentos especiais de ordem técnica ou científica de acordo com Maria Helena (2005, p.651).

Antônio, Caminoto e Espindula (2012, p.4), tratam a perícia criminal como “a expressão genérica que abriga a realização de diversos tipos de exames de natureza especializada, visando a esclarecer determinado fato sob a ótica científica”, fato esse que contribuirá para a investigação criminal.

De acordo com artigo 158 do CPP (1941):

*“quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.*

Desta maneira sempre que houver vestígio(s) numa infração é obrigatória a atuação pericial para a investigação criminal.

Com base nessas informações, podemos concluir que a perícia criminal serve como ferramenta auxiliar do direito, com o objetivo de estender o limite (esclarecimento de fatos que contribuem para a investigação criminal) que a ciência encontra para se chegar à justiça e para que isso ocorra, a perícia faz nascer um diálogo entre o direito e as demais ciências, como a engenharia, a psicologia, a medicina, a contabilidade, dentre outras.

## 1.2 Quem são os peritos criminais e quais os seus ofícios

Perito é aquele que é designado pelo magistrado para, em uma demanda, efetuar exame ou vistoria segundo Maria Helena (2005, p.656).

Pode-se também conceituar perito como sendo o profissional “experimentado, experiente, prático, sabedor ou especialista em determinado assunto” segundo Antônio, Caminoto e Espindula (2012, pp.4,5).

De acordo com o CPP (1941), o caput do 159 e seus §§1º e 2º preveem *in verbis*:

“Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.”

“§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.”

“§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.”

Analisando as informações expostas, conclui-se que perito é profissional especialista em determinado assunto portador de diploma de curso superior, podendo ser oficiais (funcionários públicos) ou não oficiais (particulares) que efetuem a perícia. Em se tratando de perícia no âmbito criminal a regra é sua realização por peritos oficiais.

Conforme o artigo 160 do CPP (1941):

“Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.”

Assim, fica evidente o ofício do perito criminal como sendo o de fazer o exame de corpo de delito e outras perícias e elaborar o conseqüente laudo pericial.

O parágrafo único do mesmo artigo traz um prazo de até 10 dias para a elaboração do laudo pericial a partir da realização da perícia.

Já o artigo 161 do mesmo diploma legal em seu caput trata que o exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora. Carvalho, Stumvoll e Quintela (2006 p.40), afirmam que a ampla possibilidade em tempo da realização do exame, tem o objetivo de apressar a realização dos exames e eliminar possíveis omissões na agilidade desse mister.

### 1.3 Perícia Psicológica, objetivo e atuação na área criminal

A definição etimológica do termo “psicologia” constitui-se em uma junção de dois vocábulos gregos: “psyché” (alma, espírito, mente) e “logos” (estudo, razão, compreensão). Ou seja, “psico-logia” seria o estudo ou a compreensão da alma. (...). Segundo Rohrer (1971, p17).

A partir de todas as mudanças socioeconômicas e culturais, cada vez mais, a verdade sobre o mundo, antes ditada pela igreja, ganha os palcos científicos. Da mesma forma, vê-se solidificar as bases para uma nova psicologia, agora científica. O estudo da alma foi abandonado e as verdades absolutas impostas pelo cristianismo foram agora entregues à observação, experimentação, mensuração e verificação em prol da ciência. A psicologia passa

então a se preocupar com os fenômenos psíquicos, passíveis de comprovação e submissão às regras científicas da corrente positivista. (Arnold, p.16,17, 2010).

Diante do que já foi abordado até então e fazendo um resgate ao conceito de perícia que Maria Helena traz, pode-se concluir que a perícia psicológica auxilia na manutenção da justiça com a produção de prova pericial ligada ao estudo de sua ciência (laudo elaborado a partir do estudo de fenômenos psíquicos), essa destinada a levar ao juiz elementos de convicção sobre algum fato que depende de conhecimentos especiais de ordem técnica ou científica (2005, p.651).

Haja vista que, a aplicação das perícias é muito precisa, sendo dependente da designação do magistrado para que ela ocorra no processo, à exceção do exame de corpo de delito posto que é obrigatório, cabe abordar agora a atuação da perícia psicológica na área criminal.

Sendo assim, ao psicólogo forense criminal cabe realizar o exame de corpo de delito e construir o laudo pericial a partir da competência de sua ciência (estudo de fenômenos psíquicos).

Diante disto conclui-se que, o psicólogo forense criminal, atua com o objetivo de encontrar ou proporcionar a chamada prova pericial, mediante a análise científica de vestígios psíquicos produzidos na prática de delitos, com a elaboração posterior do respectivo laudo.

#### 1.4 Conceito de Autópsia Psicológica, seu papel, e seus processos

A Autópsia Psicológica é uma avaliação psicológica - ação onde o psicólogo emprega seus conhecimentos para esclarecer o funcionamento da personalidade de uma pessoa - utilizada quando surgem dúvidas que levem a investigações que necessitem de dados psicológicos da vítima para esclarecer a forma da sua morte. (Nuñez de Arco, 2005).

Esbec, Delgado e Rodríguez (1994) conceituam Autópsia Psicológica como “um método de investigação das características da personalidade e das circunstâncias que um indivíduo tinha em vida, tendo como objetivo a compreensão das circunstancias de sua morte”.

Dessa forma, a Autópsia Psicológica constitui uma técnica, uma ferramenta investigativa usada para assistir no esclarecimento da morte em casos duvidosos ou rejeitar o suicídio, nos casos de morte violenta ou acidentes.

A Autópsia Psicológica cuida-se de um método destinado a avaliar o estado mental da pessoa, situação que pode ser muito importante para esclarecer um fato jurídico. Por isso, realiza-se uma ampla busca discriminativa de elementos testemunhos provenientes de histórias clínicas, assistência médica, expediente laboral, castas e similares, fontes que, em seu conjunto, permitem propor uma conclusão diagnóstica fundamentada. (Palmer e outros, 2005).

Em relação aos objetivos da Autópsia Psicológica, Palmer e outros (2005) ressaltam que eles dependem dos propósitos para os quais foi solicitada a perícia. Em regra geral são:

Demonstrar a presença ou não de doença mental;

Determinar o grau de relação entre a doença e possível fato delitivo (relação delito-doença) ou entre doença e eficácia jurídica (capacidade civil administrativa);

Aclarar outros aspectos específicos relacionados com a saúde ou a doença (personalidade, conduta, etc.).

Para chegar a tais objetivos devem ser executados alguns passos. Young (1992) propõe 15 categorias que devem ser incluídas na realização da Autópsia Psicológica:

Identificar a pessoa falecida (nome, sobrenome, idade, sexo, ocupação, religião, estado civil, etc.);

Detalhes da morte;

História da família (irmãos, esposa, doenças médicas e tratamentos, tentativas de suicídio, etc.);

História de morte de familiares;

Modelos familiares de reação frente ao estresse;

Tensões recentes ou problemas do passado;

História de álcool e drogas na dinâmica familiar;

Relações interpessoais;

Fantasia, sonhos, pressentimentos e pensamentos frente à morte, suicídio ou acidentes que precederam morte;

Mudança nos hábitos, adições alimentares, padrões sexuais e outras rotinas antes da morte;

Informação que relate planos de vida;

Avaliação de intenção;

Taxa de letalidade;

Reação das pessoas que receberam a notícia da morte;  
Comentário e anotações especiais.

Sendo assim a Autópsia Psicológica é um método de investigação utilizado por psicólogos forenses, que leva a repostas sobre a características da personalidade e das circunstâncias que um indivíduo tinha em vida, tendo como objetivo a compreensão das circunstâncias que podem ter levado a sua morte.

Como já mencionado, esta avaliação psicológica é utilizada quando surgem dúvidas que levem a investigações que necessitem de dados psicológicos da vítima para esclarecer a forma da sua morte.

### 1.5 Autópsia Psicológica na perícia criminal

A Autópsia Psicológica tem sido um instrumento forense de investigação nos casos policiais em que os antecedentes obtidos durante a investigação criminal e a autópsia médica legal não conseguiram reunir-se fundo suficiente que permite ao investigador chegar a uma conclusão criminal sobre a modalidade da morte (se natural, acidente, suicídio ou homicídio) ou, o que é o mesmo, a etiologia da morte em um dado caso.

Este instrumento, com mais de 50 anos de existência, tem-se revelado muito útil na realização de uma avaliação sobre o funcionamento psíquico de um sujeito e as circunstâncias de sua morte, e é cada vez mais exigido pelo Ministério Público e pela polícia como elemento complementar na investigação criminal onde a natureza da morte não foi estabelecida de forma confiável durante o processo de investigação (Anuário de Psicologia Legal, 2015, p.68).

Jorge Trindade (2011 p.552) exemplifica a importância da Autópsia Psicológica em matéria criminal, que pode ser:

Quanto à vítima: determinação do estado mental no momento da vitimização; mortes duvidosas, equívocas ou de etiologia médico-legal imprecisas; suspeita de suicídio induzido; análise do grau de sequela do ato lesivo;

No agressor ou perpetrador: embora excepcional, devido ao fato de que a sua morte extingue a responsabilidade penal, existem casos pontuais em que a autópsia psicológica pode ser útil, como nos processos de revisão.

## 2.CONCLUSÃO

Diante do exposto conclui-se que a Autópsia Psicológica destina-se a esclarecer casos de morte duvidosa, não do ponto de vista médico (físico), mas das razões psicológicas que podem estar associadas à morte.

Nesse aspecto, pode ser considerada uma importante ferramenta para a investigação na criminologia e na vitimologia, para a determinação da causa jurídica da morte (suicídio, homicídio ou acidente) nos casos em que a investigação policial e a investigação médico-forense não conseguirem chegar a uma convicção criminal da etiologia da morte, bem como quando se trata, por exemplo, de estabelecer até que ponto a vítima pode ter provocado as circunstâncias que resultaram na sua morte.

## REFERÊNCIAS

ANUÁRIO DE PSICOLOGIA LEGAL, vol.25, Issue 1, Janeiro de 2015.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 3.689, de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2015.

CARVALHO, Luiz E.; STUMVOLL, Victor P.; QUINTELA, V. Criminalística: Tratados de Perícia Criminalística. 3ª edição. Campinas/SP: Millenium, 2006

DINIZ, M. Helena. Dicionário Jurídico: ed.2ª. Saraiva, 2005.

ESBEC E.; DELGADO S; RODRÍGUEZ F. La investigación retrospectiva de la muerte: la autopsia psicológica y su interés en psiquiatria forense. Ed. Colex, 1994.

NÚÑEZ de ARCO, J., HUICI, T.; El uso de la autopsia psicológica forense em el processo penal. Identidad Jurídica- Revista del Ministério Público de Bolivia. Novembro 2005.

ROHRACHER, H. Einführung in die Psychologie. Urban e Schwarzenberg: ed. 10, Revised and Extended Edition, 1971.

TRINDADE, J. Manual de Psicologia Jurídica: Para Operadores do Direito. ed.5ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VELHO, Jesus A.;CAMINOTO, G.;ESPINDULA, A. Ciências Forenses: Uma introdução às principais áreas da Criminalística Moderna. Campinas/SP: Millenium, 2006.

VIDAL PALMER LE, PÉREZ GONZÁLES E, BORGES GONZÁLES S A. Algunas consideraciones sobre autopsia psicológica. Ver. Hosp. Psiquiatria. La Habana (electrónica). Disponível em: <http://www.psiquiatricohph.sld.cu>. 2005.

## CAPÍTULO 4

### RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANDO CONCORRE PARA O ADVENTO DO DANO

Krislaine Kethlen<sup>22</sup>

Klécio Lima<sup>23</sup>

Raabe Lima<sup>24</sup>

Fernando Baltar<sup>25</sup>

#### INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado pode ser definida como o dever do Estado de restituir os danos que causa a terceiros em razão de atividades quer seja lícitas ou ilícitas.

Para o grande doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo o conceito de responsabilidade civil do Estado é:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

A responsabilidade do Estado foi evoluindo junto com as necessidades da sociedade. A o longo dos séculos foram criadas cinco teorias sobre a responsabilidade estatal: Teoria da irresponsabilidade do estado; Teoria da responsabilidade com culpa; Teoria da culpa administrativa; Teoria do risco administrativo e Teoria da responsabilidade integral.

No momento vamos nos debruçar com mais afinco na teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva e na teoria da falta do serviço ou da responsabilidade subjetiva. As quais foram adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio, de acordo com a Constituição federal de 1988 no seu artigo 37, 6º e nas causas de responsabilidades concomitante.

Entretanto vamos analisar também a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de sua omissão, quando tinha o dever legal de agir e não fez.

---

<sup>22</sup> Graduanda em Direito

<sup>23</sup> Graduando em Direito

<sup>24</sup> Graduanda em Direito

<sup>25</sup> Pós-Graduado em Direito Processual. Advogado da União. Professor de Direito Administrativo do IESP

Analisaremos os pensamentos de grandes doutrinadores do direito Administrativo e Civil, nomes como: Celso Antônio Bandeira de Mello; Hely Lopes Meireles; Fernando Ferreira Baltar Neto; Maria Helena Diniz; Sergio Filho Cavalieri; Gisela Sampaio da Cruz. Da mesma forma, os afamados Ministros José Carlos **Moreira Alves** e Carlos Mário da Silva Velloso ambos do Supremo Tribunal Federal com suas jurisprudências.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Entre os séculos XVIII e XIX, fase do absolutismo, o estado era soberano e liberal, praticamente não intervinha nas relações particulares.

Era a época do “the king can do no wrong”<sup>26</sup> “ou seja, da irresponsabilidade do estado, esse período foi marcado pela injustiça por parte do estado que como detentor da tutela do direito, violava-o impunemente.

A ideia de responsabilidade estatal surgiu na França, em meados da metade do século XIX, foi quando começaram a ser admitidas ações propostas contra o estado, fundamentadas no texto do Código Civil e baseadas na responsabilidade da preponente por atos de seu preposto.<sup>27</sup>

Nessa fase de evolução ideológica se começou a estabelecer diferença entre atos de gestão e atos de império.

Quando o estado cometia atos de gestão ele seria responsabilizado pelos danos causados a terceiros, já quando era verificado que o ato era de império, nesse caso, o estado não seria responsabilizado, mesmo sendo causador do dano. A problemática nessa questão é que na teoria estava tudo bem definido quando era atos de gestão ou de império, mas na prática ficou difícil diferenciar e quase tudo que o estado fazia era exposto como ato de império e com isso o estado quase sempre não era responsabilizado.

Após esse período conturbado da história humana, o estado Francês, através do seu órgão de cúpula, evoluiu-se para à fase da responsabilidade subjetiva do agente ou Teoria da Culpa Administrativa. Essa é a teoria dos múltiplos nomes como bem colocado pelo professor Fernando Ferreira Baltar Neto<sup>28</sup>:

Também chamada de “teoria da culpa do serviço”, “teoria da faute du servisse”, “teoria da culpa anônima”, ou ainda, “teoria da culpa não individualizada”, foi mais uma

---

<sup>26</sup> O rei não erra.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. Volume II. Rio de Janeiro. Forense, 1974, pág.479.

<sup>28</sup> Baltar, Fernando Ferreira Neto. Obra citada.pág.503

contribuição do conselho de Estado Francês ao Direito Administrativo e, até hoje é adotada no nosso ordenamento jurídico quando se trata de responsabilidade civil do estado brasileiro, em razão de danos decorrentes de sua omissão.

Nessa teoria não exige do lesado saber quem foi o agente causador do dano basta apenas comprovar a falta do serviço público, mas a prova da falta de serviço tem a exigência da demonstração de que o estado tinha o dever legal de agir e não o fez.

Seja por, não prestar o serviço, prestar o serviço de forma insuficiente ou até mesmo prestar o serviço com atraso.

Com o passar do tempo e o surgimento dos princípios da igualdade e da equidade de ônus e de encargos sociais, a doutrina civilista, da culpa civil, foi perdendo espaço, pois as normas de direito público foram sobressaindo as de direito privado nas relações entre Administração e administrados.

Surgiu então, a teoria do risco administrativo, fomentada nos seguintes termos, segundo Sergio Cavaliere Filho:

A administração pública gera riscos para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da norma ou anormal atividade da Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independente de culpa dos seus agentes.<sup>29</sup>

Sobre a referida teoria, também fomenta o seu entendimento o professor BALTAR no sentido de que:

Essa teoria possui como fundamento o princípio da isonomia e da igualdade dos ônus e bônus sociais decorrentes da atuação do Estado, devendo eventuais prejuízos ser repartidos por toda a sociedade, haja vista ser a coletividade beneficiada coa a prestação dos serviços públicos. Percebeu-se que, ainda que o Estado atue de forma legítima, isto é, que os seus agentes não tenham a intenção (dolo) de causar prejuízo, nem tenham agido com negligência, imprudência ou imperícia (culpa), caso essa situação estatal venha a causar prejuízo a um ou alguns poucos, esse prejuízo deve ser suportado pela Fazenda Pública, em face do risco inerente à atividade pública que, buscando propiciar benefícios para a coletividade, pode, de forma legítima, causar prejuízo a alguns estando, nesse caso, obrigada a reparar o dano desde que o evento lesivo não tenha decorrido da conduta do lesado.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> CAVALIERE, Sergio Filho. Obra citada, pág.223

<sup>30</sup> BALTAR, Fernando Ferreira Neto. Obra citada, pág.505

Ainda sobre o tema o ilustre professor suscita:

Trata-se de responsabilidade objetiva, sem a necessidade de demonstrar o elemento subjetivo (dolo ou culpa), nem sequer de identificar o agente causador do dano. É suficiente a demonstração do dano decorrente da atuação do Estado, sem o concurso do lesado.<sup>31</sup>

Existe ainda, dentro da teoria do risco, a teoria do risco integral, teoria radical onde o Estado responde até em casos em que há rompimento do nexo causal, como atividades de terceiros ou atividades exclusiva da vítima. Essa teoria foi abandonada na prática, com exceção de quando se trata de danos decorrentes de atividades nucleares, dando lugar à teoria do risco administrativo, eis que o Estado não pode ser “segurador universal”<sup>32</sup>, respondendo por todo e qualquer dano sofrido pelo administrador.

Vejamos o que desenvolve o grande doutrinador Hely Lopes Meireles sobre o citado risco integral:

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”<sup>33</sup>, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.<sup>34</sup>

## 2. EXCLUDENTES E ATENUANTES

As causas excludentes da responsabilidade do Estado compreendem as mesmas da teoria da responsabilidade civil, existindo, portanto, quando há rompimento do nexo de causalidade.

Em razão disso é que o caso fortuito, a força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros são modalidades excludentes. Além dessas, há outras como casos em que o agente está fora das atividades funcionais e ainda a excludente de ilicitude (estado de necessidade).

Apesar da controvérsia acerca dos conceitos de caso fortuito e força maior, o que é importante de se comentar é que mesmo que sejam invocados, relevante é saber se ausente o nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido.

---

<sup>31</sup> Idem. Ibidem.

<sup>32</sup> A expressão é de Márcia Andréa Buhning (Responsabilidade civil extracontratual do Estado, pág.110).

<sup>33</sup> Jean Defroindmont, La Science du Droit Positif, 1993, pág.339; e STF, RDA 179-180/193, Apud, Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, 33ª Edição, São Paulo, 2007, Pág.652.

<sup>34</sup> Meireles, Hely Lopes. Obra citada. Pág.652

Nessa senda Bandeira de Mello afirma que “nos casos ora cogitados eventual invocação de força maior é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexos causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido”<sup>35</sup>.

Já quanto ao caso fortuito, alega que se houver falta técnica e implicar em omissão de um possível comportamento estatal, o defeito no funcionamento do serviço devido pelo Estado não é suprimido.<sup>36</sup>

Conclui o doutrinador que a força maior, de regra, gera isenção de responsabilidade em razão de ser inevitável e impossível de impedir, enquanto que quando houver caso fortuito deve ser analisado se o Estado teria como prevenir o efeito danoso. Em havendo omissão do Estado ou concausas para a produção do dano, o Estado deve ser responsabilizado ao menos proporcionalmente.<sup>37</sup>

Na hipótese de culpa exclusiva da vítima, a própria nomenclatura já explica, se a culpa for exclusiva da vítima, não se falar em responsabilidade estatal entretanto, se houver parcela de culpa do Estado, ele responderá na proporção de sua contribuição para o evento danoso.<sup>38</sup>

Da mesma forma ocorre com o fato de terceiros, somente quando a pessoa diversa da vítima, for a exclusiva causadora do dano e no caso concreto, não fosse previsível para a Administração o evento danoso, é que o Estado não será responsabilizado.

Gisela Sampaio da Cruz disserta sobre o tema:

A participação de terceiros na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial. Na segunda hipótese, o dano é causado exclusivamente por terceiro, na segunda, o terceiro é apenas copartícipe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se verifica a eliminação do nexo causal, com a consequente exclusão da responsabilidade do agente. Quando a participação do terceiro é parcial e o agente concorre com ele na produção do evento danoso, o agente também concorrerá na composição das perdas e danos.<sup>39</sup>

Ademais, quando o agente público causador do prejuízo não estiver em meio as suas atividades funcionais o Estado também não irá responder. Isso se dá em razão do disposto no

---

<sup>35</sup> Bandeira. Celso Antônio de Mello. Obra citada. Pág. 1053

<sup>36</sup> Bandeira. Celso Antônio de Mello. Obra citada. Pág. 1052

<sup>37</sup> Idem. Ibidem

<sup>38</sup> Exemplo pertinente é do pedestre que se atira em frente ao veículo oficial. Se o motorista do carro estiver fora dos limites de velocidade da via, ele responderá na medida em que colaborou para a existência do dano.

<sup>39</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. Pág. 180

artigo 37,6º da Constituição Federal que prevê a responsabilidade estatal só quando decorrer de agente que nessa qualidade causar danos a outrem.

Como estado de necessidade, no âmbito do direito administrativo, entende-se as situações que mesmo havendo dano causado pelo Estado, ele ocorre em razão da proteção da sociedade, do interesse público.

No estado de necessidade há um conflito entre os direitos coletivos e individuais, sendo que a necessidade pública prevalece sobre os direitos privados, implicando na renúncia da aplicação dos direitos individuais em favor dos coletivos.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA**

A constituição Federal de 1988 no seu artigo 37, parágrafo 6º, traz explicitamente a responsabilização estatal por conduta comissiva, entretanto, o entendimento dominante da doutrina e da jurisprudência é que, quando se trata de uma conduta omissa do Estado, ele também será responsabilizado pela “falta do serviço”. Nesse caso será adotada a teoria da culpa administrativa, segundo à referida teoria o lesado terá que demonstrar que o estado tinha o dever legal de agir e não agiu.

Seja por uma falta do serviço, ou um serviço mal realizado, ou até mesmo realizado com atraso. É o ensinamento de Duez, citado pelo grande jurista Hely Lopes Meirelles, em sua obra.<sup>40</sup>

A falta do serviço, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar.

Celso Antônio Bandeira de Mello coloca que “É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los”.<sup>41</sup>

Com relação a jurisprudência, o atual entendimento do STF sobre o citado tema, é no mesmo sentido da doutrina, a de responsabilização estatal. Vejamos um julgado do Ministro Moreira Alves<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada. Pág.651

<sup>41</sup> BANDEIRA, Celso Antônio de Mello. Obra citada. Pág. 1043

<sup>42</sup> Doutor em Direito Romano pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Escritor de várias obras, Professor de Direito Civil e Administrativo, foi Procurador-Geral da República em 1972 e nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1975.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, 6º.I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, está numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérico, a falta do serviço. II. - A falta do serviço-faute du service dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiros. III. – Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. – RE conhecido e provido. (RE 369820 / RS – RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 04/11/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma).<sup>43</sup>

Este é um outro caso de omissão onde a Suprema Corte decidiu sobre a responsabilidade subjetiva do Estado.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, está numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (RE 382054/RJ- Rio de Janeiro recurso extraordinário RELATOR(A): Min. CARLOS VELLOSO<sup>44</sup> Julgamento: 03/08/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma).<sup>45</sup>

Com esses julgados nos expõe os pensamentos jurisprudenciais de Ministros da Suprema corte do nosso país, onde também é seguido pela doutrina majoritária que trata sobre o referido tema.

---

<sup>43</sup> Decisão de Julgamento do Recurso Extraordinário do STF. RE 369820 / RS.

<sup>44</sup> Foi juiz federal em Minas Gerais de 1967 a 1977, ministro do Tribunal Federal de Recursos entre dezembro de 1977 e abril 1989; Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral de 1985 a 1987, ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entre 1983 e 1985 e depois de 1985 a 1987, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), de 13 de junho de 1990 até 19 de janeiro de 2006, tendo sido presidente no período de 1999 a 2001, ministro do TSE entre 1992 e 1996 onde foi presidente (1994-96) e ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entre abril de 89 e junho de 1990;

<sup>45</sup> Decisão de Julgamento do Recurso Extraordinário do STF. RE 382054 / RJ.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ademais, fomentamos no referido artigo toda a evolução com relação as teorias da Responsabilidade do Estado, a Teoria do Risco Administrativo ou da Responsabilidade Objetiva, a qual foi adotada pela nossa carta Magna, no seu artigo 37, parágrafo 6º. Onde, da mesma forma, no mesmo artigo e parágrafo, para a corrente doutrinária majoritária, estar a Responsabilidade Subjetiva do Estado, que é quando o Estado tem o dever de agir, de prestar um serviço e por inércia, ou má prestação não fez a contento.

Além disso, ensejamos as causas de excludentes de responsabilidade estatal e suas causas de responsabilização parcial, ou seja, suas concausas ou causas concorrente.

E por fim, a responsabilidade do Estado nas suas condutas omissivas, ou sua responsabilidade subjetiva, trazendo pensamentos de grandes nomes do Direito Administrativo seus pontos de vista, suas doutrinas, seus exemplos.

Similarmente, mostramos dois Recursos Extraordinários do nosso excelso pretório, em momentos bem distintos do nosso país, expondo igualmente entendimento sobre a Responsabilidade subjetiva do Estado.

Apesar disso, nada obstar que sobrevenha outros juristas e discordem do atual posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira, pois o Direito é mutável e o entendimento pode ser modificado, ao menos que sobrevenha um dispositivo constitucional que regule expressamente o assunto.

Diante do ostentado no presente trabalho chegamos à conclusão que a administração pública precisa efetivamente cumprir todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais, elencados para a Administração.

E por essa razão, ser mais eficiente nos serviços prestados a sociedade, fazendo com que a sua responsabilidade seja cada vez mais amenas aos prejuízos causados aos cidadãos.

#### **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA, Celso Antônio de Melo. Curso de Direito Administrativo, 32ª Edição São Paulo, Malheiros, 2014, Pag. 1021.

BALTAR, Fernando Ferreira Neto. Direito Administrativo. 7ª Edição. João Pessoa. Juspodivm, 2017. pág. 503

CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Edição, São Paulo, Atlas, 2007, pág.223

CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. Pág.180

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 33ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. 130764. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento 15/05/1992

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. 382054. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento 03/08/2004

## CAPÍTULO 5

### IMUNIDADE OU IMPUNIDADE PARLAMENTAR, COMO DEFINI-LA?

Ana Maria da Silva Oliveira<sup>46</sup>

Jucélio Alves do Nascimento<sup>47</sup>

Péricles Jacinto da Silva<sup>48</sup>

Polianna Alves de Castro<sup>49</sup>

Rosicleia Fernandes Santos Silva<sup>50</sup>

Jossano Amorim<sup>51</sup>

#### INTRODUÇÃO

Muito se ouve nos dias atuais sobre imunidade parlamentar, tema que desperta nosso interesse no tocante a sua procedência, legalidade e relevância. Por que os parlamentares necessitam de tal instituto? Qual sua circunscrição? Por que sua existência é importante (se é de fato)? Esses e outros questionamentos se fazem nos mais variados âmbitos da sociedade brasileira, diante dos fatos estarrecedores que ora vem à tona na nossa Democracia.

Há entre os historiadores e doutrinadores pesquisados à cerca do tema divergências com relação ao aparecimento de tal instituto.

Os parlamentares sempre desfrutaram de prerrogativas inerentes ao exercício de suas funções quer seja em regimes socialistas, capitalistas, presidencialistas, parlamentaristas, repúblicas ou monarquias; quer seja em Estados Unitários ou Federativos. Este fato sempre nos chama atenção pelos excessos e nos leva a tentar analisar se é ou não necessário tamanho “privilégio”.

Partindo da premissa de que as instituições democráticas devem se fortalecer num momento de turbulência como o que ora vivemos, a principal finalidade do nosso trabalho é o

---

<sup>46</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>47</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>48</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>49</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>50</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>51</sup> Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional Público do IESP-Faculdades.

de cooperar com a compreensão do tema, tratando-o de forma aberta e prática. Procuraremos fornecer um resgate histórico e jurídico do surgimento das imunidades parlamentares, seus progressos ao longo da história e dos séculos; a classificação e formas de imunidades e como foram recepcionadas pela nossa Constituição Federal, começando pelo nosso império em 1824, até a de 1988.

Pressupondo que todos somos iguais perante a Lei (princípio da igualdade), a legalidade, os direitos e garantias fundamentais devem ser estendidos a todos os cidadãos de um Estado Democrático de Direito, devemos concluir que todos os agentes públicos (incluindo-se os do nosso parlamento) devem ser responsáveis e responsabilizados por quaisquer atos que não tenham previsão legal e que decorram de suas ações dentro ou fora de seu ambiente de trabalho. Já que a investidura do cargo os leva a representar um Estado onde quer que estejam.

Segundo Silva (2009,p.216) a igualdade e a desigualdade são relativas, no tocante ao conceito ,fazendo-se necessário um confronto entre ambas para haver um possível entendimento de suas características semelhantes e dessemelhantes, chegando assim ao entendimento do que é igual e desigual ou discrepante.

Valendo-se das expressões utilizadas por Silva (2009, p.215):

[...] o princípio (da igualdade) não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que o ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados relevantes pelo legislador [...].

Como a imunidade parlamentar parece ser um pré-requisito para o bom andamento do nosso Estado Democrático de Direito, não poderíamos deixar de falar em democracia e, portanto, de defini-la. Trazemos então uma definição exemplar de democracia por Azambuja (2008, p.245): “Ela é o governo do povo pelo povo, o regime político em que o povo reside na massa dos indivíduos e é por eles exercido, diretamente ou por meio de seus representantes”.

O representante do povo, que exerce o direito de representar sua voz onde esta não poderia chegar, goza da prerrogativa de uma imunidade que não é sua, que é inerente ao seu cargo/função e que como tal exige que o mesmo tenha um comportamento moral e legal.

O instituto da imunidade parlamentar não é privilégio pessoal do parlamentar e sim uma garantia de que sua atividade terá um total e franco exercício.

Este artigo tem por escopo analisar a utilidade de tais prerrogativas inerentes ao exercício parlamentar em circunstâncias peculiares, bem como, investigar até que ponto pode gerar “injustiças” e quais aspectos podem desvalorizar a atividade legislativa.

O artigo aborda ainda, as mudanças decorrentes da Emenda Constitucional número 35, de 20 de dezembro de 2001, que propôs significativa alteração no artigo 53 da CF de 1988, principalmente no tocante a pôr limites aos excessos de abusos cometidos por parlamentares, que comprometem a imagem do nosso legislativo. A referida Emenda garante a manutenção da inviolabilidade civil e penal por quaisquer de suas ideias, opiniões e termos proferidos; suprimindo a obrigação de prévia autorização da respectiva casa para processar o parlamentar; no entanto a última palavra ainda caberá ao parlamento que poderá sustar o andamento da ação penal. Dessa premissa nasce o seguinte questionamento: A imunidade parlamentar formal deve ser mantida? Buscaremos no decorrer da pesquisa responder a esse e a outros questionamentos.

O presente trabalho faz o seguinte percurso: Apresentação, Fundamentação teórica, Processo evolutivo no decorrer das Constituições Brasileiras e Classificação das imunidades. O método utilizado foi o de pesquisa dedutiva (além de pesquisar a doutrina, foi feita uma busca em artigos científicos inerentes ao tema em sites da internet).

## **1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

A origem do instituto denominado imunidade parlamentar não tem uma unanimidade no tocante a sua origem, os registros que falam sobre o assunto apontam sua fundação como sendo em Grécia, outras, em Roma, outros apontam a Inglaterra com o advento do constitucionalismo e outros ainda, apresentam o direito público francês, com o decreto de 20 de junho de 1789 através da primeira Assembleia Nacional Francesa, quando proclamou que a pessoa de cada Deputado não está sujeita à ação da justiça. A imunidade surge como forma de garantir que nenhum parlamentar recebesse retaliação de qualquer natureza em virtude de parecer ou discurso proferido no uso de suas atribuições parlamentares.

Consoante, Krieger (2004, P.31), a imunidade parlamentar francesa sofreu influência direta de outras realidades sociológicas e políticas e exerceu influência direta na história da evolução da nossa Constituição Federal; que sofreu ainda interferência espanhola.

Apenas no final da idade média a imunidade parlamentar se define; a partir deste momento é que a maioria dos doutrinadores chega ao consenso de que a imunidade parlamentar teve seu início na Inglaterra e não na Europa.

Alexandre de Moraes afirma:

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da freedom of speech (liberdade de palavra) e da freedom from arrest (imunidade à prisão arbitrária), no Bill of Rights de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do parlamento (MORAES, 2005, p. 95).

Ainda há, como pode ser observada, muita divergência de opiniões entre os doutrinadores, no entanto há uma convergência de que a experiência inglesa deve ter sido a base consultiva dos atuais modelos. A evolução histórica da imunidade parlamentar será motivo de inspiração para os estudiosos no tocante a sua origem e a sua finalidade.

### 1.1. Conceituando Imunidade:

Segundo os dicionários: Priberam da língua portuguesa e Aurélio Buarque de Holanda o vocábulo imunidade tem origem no latim (*immunitas-immunitatis*) e significa: 1- isenção de encargos, privilégios; 2- prerrogativa de que gozam os membros de um parlamento durante o exercício de seu cargo.

O termo imunidade em sua aplicação jurídica significa: “Direitos, privilégios ou vantagens pessoais de que alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce” (HOLANDA,1986).

De acordo com os supracitados dicionários, a palavra privilégio tem origem no latim *privilegiu*, denotando uma vantagem que se outorga a alguém com exclusão de outrem e contra o direito comum.

Mediante o pensamento de Santos (2003, p.151), os sujeitos formais das imunidades parlamentares são: a Câmara dos Deputados e O Senado Federal, enfim, a União (Estados, representados pelas Assembleia legislativas e Municípios, representados pelas câmaras de vereadores). Os sujeitos passivos, são formados pela população (pessoas físicas ou jurídicas).

Enfim, imunidades são as ferramentas que garantem o pleno exercício de um mandato legislativo, assegurando aos mesmos, a liberdade de voto, veto, palavras e opiniões, inerentes ao exercício de sua função ou atividade parlamentar. Não deveria ser privilégio pessoal e sim o direito de autonomia e independência frente aos outros poderes do Estado; tornando assim, a democracia não uma quimera, mas uma realidade.

A proposição da separação dos poderes colocada em prática e disseminada por Montesquieu prevê a existência de três poderes independentes e harmônicos entre si, onde cada um controla a função do outro pelo meio da regra de freios e contrapesos; garantido assim a diminuição dos excessos que eles cometessem. Com o objetivo de prevenir transtornos que poderiam ser eventualmente criados, nasce aí a imunidade parlamentar; conquista que inicialmente surge como prerrogativa exclusiva do parlamentar, para garantir-lhes o exercício do mandato.

No Brasil a imunidade foi prevista desde a primeira constituição, na carta Imperial de 1824, com uma interpretação com “jeitinho” brasileiro envolvendo não apenas opiniões, discursos e votos (como a Inglesa da qual se originou), mas também, crimes comuns por eles perpetrados.

Outro fundamento que justifica a imunidade parlamentar é a vigência do Estado Democrático de Direito, alicerçado no poder do cidadão que legitima a soberania popular.

## 1.2 Passeando pelas Constituições:

### 1.2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A primeira Constituição do império, outorgada em 25 de março de 1824, possuía características liberais e introduziu o “princípio da dissolução da Câmara dos Deputados”, bem como o chamado “poder moderador” e já trazia em seu texto a previsão legal para a imunidade material, impedindo a prisão de parlamentares, exceto em flagrante delito e com autorização da câmara de origem.

Prescreve o texto constitucional nos artigos abaixo citados:

Art. 26 Os membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27 Nenhum senador, ou deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena Capital.

Art. 28 Se algum Senador ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Câmara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções.

A partir destes textos vemos os contornos da imunidade parlamentar serem estabelecidos.

### 1.2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Promulgada em 24 de fevereiro de 1891, de igual forma, previa a imunidade formal e material. Os parlamentares continuam imunes ao proferirem palavras, votos e opiniões e também não podem ser presos, nem processados sem autorização de suas casas, exceto em flagrante delito de crime inafiançável (residindo aí a diferença da primeira constituição), abre-se com isto um precedente para a prisão de parlamentares, conforme nos mostra os artigos 19 e 20 da CF desse ano:

Art. 19. Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.

Art. 20. Os Deputados e os Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.

Rui Barbosa questionou acerca da necessidade da imunidade em artigo publicado no jornal do Brasil, em 1891; defendia este que a imunidade precisaria ser para todos independentemente da profissão que exercesse; já aí pode-se ver nitidamente a ligação tênue entre “imunidade e impunidade”. Para o supracitado autor todos os cidadãos precisavam ser submetidos ao foro comum, em benefício do instituto da humanidade. Conforme nos mostra o trecho ora colacionado:

[...] pessoal na sua incidência, é impessoal, institucional, nacional na sua razão de ser e no seu objeto. Não é um privilégio individual do representante: é um apanágio coletivo da representação. Não é um interesse de ordem particular, mas um princípio de ordem pública. Por consequência, não conhece distinções de pessoas; ou de fatos. Há de, portanto, abranger

necessariamente na esfera da sua tutela todos os membros da corporação, para abrigar integralmente a instituição, que ela representa. [...] O espírito da disposição constitucional, pois, nos está indicando a sua verdadeira hermenêutica. Ele compreende por igual os delitos civis e os militares. O princípio estabelecido para os primeiros deve indicar-nos a solução natural nos segundos”. (BARBOSA, apud KRIEGER, 2004, p.34-35)

### 1.2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1937:

Promulgada em 10 de novembro de 1937, fruto de um golpe produzido pela ditadura do Estado novo de Getúlio Vargas. O texto foi elaborado por Francisco Campos. A Carta Magna deste momento praticamente mitigou as imunidades parlamentares, podendo estes serem responsabilizados, civil e criminalmente por: difamação, calúnia, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime bem como declarar vago o lugar do parlamentar contrário a essa ordem. O poder legislativo restringia-se aos decretos-leis presidenciais. O texto previa que:

Art. 42. Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Art. 43. Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

*Parágrafo único.* Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

Como nos é possível observar, os parlamentares desta época não gozavam de nenhuma prerrogativa especial, não podiam ter opinião própria e muito menos expressá-las, mesmo no exercício da função parlamentar.

### 1.2.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Promulgada em 18 de setembro de 1946, evidenciou uma forte tendência ao liberalismo, sobrepujou o autoritarismo anterior e instaurou o Estado Democrático de Direito

e o amparo aos direitos individuais. Retornou as imunidades parlamentares, como relata Aragão (2007, p.101). A diferença com relação à CF anterior é a previsão da prisão em flagrante por crime inafiançável, os autos seriam remetidos à casa de origem do mesmo, que teria quarenta e oito horas para votar e por maioria de seus membros autorizarem ou não a prisão; esta constituição augurou tanto a imunidade material, quanto a formal, como explanam os artigos a seguir:

Art. 44. Os deputados e os senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

Art. 45. Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua câmara.

§ 1º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 2º A câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

Art. 46. Os deputados e senadores quer civis, quer militares não poderão ser incorporados às forças armadas senão em tempo de guerra e mediante licença de sua câmara, ficando então sujeitos à legislação militar.

### 1.2.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

Expressada em 24 de janeiro de 1967, passa a existir em plena ditadura, sagrou em seu art. 34 a imunidade material (a imunidade dos deputados e senadores) e o § 1º a imunidade formal (a última palavra é da respectiva casa de origem), como demonstram os artigos que se seguem:

Art. 34. Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º Se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberar sobre o pedido de licença, será este incluído automaticamente em Ordem do Dia e nesta permanecerá durante quinze sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorrer deliberação.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 4º A incorporação, às forças armadas, de deputados e senadores, ainda que militares, mesmo em tempo de guerra, depende de licença da sua Câmara, concedida por voto secreto.

§ 5º As prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão se deixarem êles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial.

A inovação com relação à CF anterior encontra-se na concessão de licença para o procedimento de parlamentar, se a casa do parlamentar acusado não resolvesse dentro de noventa dias (a contar do recebimento), esta seria incluída na pauta da ordem do dia; ocorridas quinze sessões ordinárias contínuas e não tivesse resolução, seria outorgada automaticamente a licença, conforme afirma Moraes (2005, p. 397).

#### 1.2.6 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Reforçou a imunidade formal que já era prevista em quase todas as CF brasileiras. Em decorrência disto, muitos parlamentares confundiram-na com o vocábulo impunidade, creio que pela semelhança entre ambos, haja vista a grande quantidade de ocorrências de corrupção expostas pela mídia (deixando fora as que não foram notificadas). Diante do exposto, o artigo 53 da CF de 1988 precisou ser modificado, como forma de coibir atos corruptivos, visando desta forma melhorar o descrédito na classe política e nas instituições legislativas diante da opinião pública; foi então modificado pela EC nº 35/2001.

#### QUADRO COMPARATIVO ENTRE O ARTIGO 53 DA CF/1988 E EC Nº 35/2001

Artigo 53 da CF/1988	EC nº 35/2001
Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.  §1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime	Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)  § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a

<p>inafiável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua casa.</p> <p>§2º - O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.</p> <p>§3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não a formação de culpa.</p> <p>§4º - Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal.</p> <p>§5º - Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.</p> <p>§6º - A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.</p> <p>§7º - As imunidades de</p>	<p>julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão</p>
---	---

<p>durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida.</p>	<p>do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)</p> <p>§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).</p>
---	---

Alterações palpáveis depois da EC nº35/2001: 1ª- O STF notifica a casa do parlamentar, que tem vinte e quatro horas, pelo voto da pluralidade dos membros para que delibere (nos casos de prisão) pela prisão ou não; 2ª – Quanto ao recebimento de denúncias de crimes cometidos por parlamentares (depois de diplomados), o fato é participado pela casa ao STF , que tem quarenta e cinco dias, improrrogáveis para cessar ou não a prisão do parlamentar.

### 1.3. Naturezas das Imunidades:

#### 1.3.1 IMUNIDADE MATERIAL (SUBSTANTIVA):

Visa assegurar aos parlamentares a liberdade de expressar-se, pois que, não responderão de forma penal nem civil, por suas opiniões, palavras e votos, no exercício de suas atividades parlamentares nem fora delas.

Em consonância com Krieger (2004, p. 17-19), a imunidade material abrange os parlamentares não apenas no exercício de suas funções, mas também fora dela; tem efeito temporal inflexível ou irrestrita, de caráter perpétuo, por que o parlamentar não poderá ser investigado, incriminado ou responsabilizado por atos sucedidos durante sua legislatura. A imunidade material é de ordem pública e, portanto irrenunciável; é um privilégio de caráter institucional, intrínseca ao Legislativo.

### 1.3.2 IMUNIDADE FORMAL (PROCESSUAL OU ADJETIVA)

É de ordem pública, irrenunciável, não se destina a proteger o parlamentar e sim a instituição a que representa. É relativa, já que o parlamentar denunciado por prática criminosa será processado, independente da concessão da respectiva casa. Ela obedece ao seguinte lapso temporal: inicia-se com a diplomação e termina com o fim do mandato.

Está prevista nos §§ do artigo 53 da CF, como pode ser verificado a seguir:

### 1.3.3 IMUNIDADE OU IMPUNIDADE PARLAMENTAR?

As imunidades expressas no artigo 53 da CF estabelecem tratamento comum para as pessoas comuns e diferenciado a pessoas comuns com investidura de cargo parlamentar. Esse tratamento tem respaldo no nosso ordenamento jurídico?

O artigo 5º da CF diz que “todos são iguais perante a lei em direitos, deveres e obrigações, sem distinção de qualquer natureza”, princípio da isonomia ou da igualdade, consagrados ainda nos artigos: 7º, 170, 193, 196 e 205 da CF.

Montesquieu nos ensina sobre a verdadeira democracia o seguinte:

Embora na democracia a igualdade é a alma do Estado, ela é porém difícil de ser estabelecida, que uma exatidão extrema, a esse respeito, nem sempre é conveniente. Basta que se estabeleça um censo que reduza as diferenças até um certo ponto; depois, compete às leis particulares igualar, por assim dizer, as desigualdades [...]. (MONTESQUIEU, 2007, p. 59)

Seguindo o que foi exposto a imunidade poderia ser transformada em impunidade se fosse conferida a todos indistintamente

Sob esta ótica registra Moraes (2005, p.369) que a CF de 1988 ao estabelecer prerrogativas aos detentores das funções do Estado era a de defender o Estado Democrático de Direito e não desrespeitar o princípio da isonomia consagrado como cláusula pétrea da

nossa Constituição. O escopo da Imunidade parlamentar é a subsistência da democracia e do Estado Democrático de Direito.

## **CONCLUSÕES:**

A imunidade sempre esteve presente enquanto instituto que garante a atividade parlamentar; como forma de preservar a independência e a autonomia do legislativo e visando proteger o direito de voz do povo (proferido por seus representantes legais). Desta forma eles não se sentiriam ameaçados, intimidados ou pressionados por quem quer que fosse ao desempenharem suas funções legislativas; assegurando-lhes a autonomia e a independência necessárias ao fortalecimento da democracia.

Quando se utiliza essa imunidade de forma incorreta (de má-fé) ela passa a ser vista como uma impunidade. Surgem os excessos, os abusos, porque gente é corruptível, seres humanos são passíveis de falhas até quando representam apenas eles mesmos; quando ganham a força e o respaldo de várias pessoas, acham que essa força é delas e não é verdade. O mandato eletivo que receberam não está acima da Lei, nem da justiça.

O que gera uma enorme polêmica diz respeito a imunidade material que concede a imunidade civil e penal ao parlamentar no exercício de suas atividades, salvo em crime inafiançável, cabendo a respectiva casa, por meio de maioria absoluta de votos, resolver sobre a prisão, autorizando-a ou suspendendo-a.

O escopo democrático da imunidade é, certamente inquestionável. Ela garante independência e harmonia entre poderes da União. Porém diante de tantos escândalos não nos resta outro questionamento, a não ser o seguinte: a imunidade realmente é necessária? Essa questão é importante porque a imunidade formal processual dá abertura para o surgimento das impunidades o que nos leva a ver que as mudanças feitas pela EC 35/2001 não alcançaram seus objetivos; que a priori seria o de coibir os excessos cometidos por parlamentares no exercício de seus mandatos.

A sociedade à medida que evolui, deseja maior transparência dos atos públicos; não aceitam com tanta facilidade que a ética e os valores sociais necessários ao Estado Democrático de Direito que tanto lutamos vá por água abaixo. Para nós cidadãos é inadmissível que indivíduos (iguais a nós) que tenham contas a acertar com a justiça não o façam como nós seríamos obrigados a fazê-lo, somente porque exercem cargos diferentes que nós mesmos os conferimos com nossos votos.

A última palavra não deveria, ou não deve ser da respectiva casa do parlamentar e sim do povo que o elegeu. A soberania é do povo? Então porque não ser dele a decisão final?

### REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. *Ética e Decoro Parlamentar no Brasil e nos EUA: Integração dos Instrumentos de Controle para Mudança Social*. 2. ed. Brasília: Entrelivros, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição do Império do Brasil (1824)*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 de set. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 de set. 2017.

BRASIL, Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2017.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 de set. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 18 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional n. 11. De 13 de outubro de 1978. Altera os dispositivos da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 18 de set. 2017.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado Contemporâneo: Elementos para uma abordagem Crítica. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>download >index > Acesso em: 22 de set. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2008.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. : Nova Fronteira, 1986.

KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do Instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas; Oficina Editora Ltda, 2004. 1v.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. Atualizada com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Miguel Angelo Ciavareli Nogueira. *Imunidades jurídicas: penais processuais/diplomáticas / parlamentares*. São Paulo: J. Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

## CAPÍTULO 6

### BALEIA AZUL: O “JOGO” CRIMINOSO

Thony Robson de Oliveira Silva<sup>52</sup>

Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto<sup>53</sup>

#### INTRODUÇÃO

Um jogo que estimula o suicídio de adolescentes atravessou a Europa e chegou ao Brasil. É o Blue Whale Challenge ou, traduzindo-se para nossa língua materna, Desafio da Baleia Azul. Autoridades russas contabilizam mais de 150 casos, desde 2015, em que adolescentes se mataram após participar desse jogo macabro.

No início do mês de abril deste ano o produtor cultural Bernardo Boëchat, do Rio de Janeiro, se surpreendeu com a quantidade de convites que a página que ele administra no Facebook recebeu. Cerca de 50 adolescentes por dia, entre 12 e 16 anos, pedem para entrar na comunidade Baleia. O detalhe é que esses adolescentes não demonstravam saber que, no Brasil, a fanpage representava, na verdade, um movimento de empoderamento para pessoas obesas. Segundo Boechat, *“Uma enxurrada de gente começou a tentar entrar no grupo, principalmente pessoas muito jovens, por volta dos 16 anos. Começamos a achar isso extremamente bizarro”*.

Neste caso, depois de tanto recusarem os convites, uma das moderadoras do grupo de Boechat resolveu entrar em contato com uma das garotas que queria acesso ao grupo, perguntando se ela sabia do que se tratava. A resposta foi enigmática: *“Quero participar. Tenho consciência do que quero e pronto. Quero participar e jogar. Não sou nem um pouco acanhada.”* Sem entender nada, a moderadora resolveu voltar a perguntar se a menina sabia do que o grupo se tratava. *“De um jogo onde vocês dão as regras e eu faço”*. Olhando o perfil da menina, o pessoal da fanpage viu um post em que ela dizia *“por favor, alguém me adicione no grupo da baleia azul”*.

---

<sup>52</sup> Docente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>53</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor de Direito Constitucional do IESP-FACULDADES

Em outra curiosa tentativa de proteger a população deste novo modismo a França, temendo que o jogo “viralize” entre os adolescentes, fez com que o Ministério da Educação do país mandasse e-mails para todos os diretores de escolas, colocando as unidades em estado de atenção. Por lá, uma campanha, chamada #bluewhalechallenge, foi iniciada nas redes sociais. “*Nenhum desafio merece que você arrisque sua vida*”, diz um tweet do governo francês.

Divididos entre acreditar nos alertas, disseminados a todo tempo, ou encarar como mais um achismo da internet sem fundamentos fáticos passíveis de preocupação, os pais, principalmente dos adolescentes e jovens, se veem cada vez mais preocupados em como continuar a criação dos seus filhos. Difícil tarefa que apenas se complica com o advento das novas tecnologias.

## **1. HISTÓRICO DO TEMA**

O fenômeno de baleias encalhadas, supostamente suicidas, seria a inspiração do “jogo”. Uma crença popular segundo a qual a baleia azul seria capaz de se suicidar indo voluntariamente encalhar na praia. A baleia azul, de nome científico *Balaenoptera musculus* pode chegar a 177 toneladas e 30 metros de comprimento, sendo considerado o maior animal do mundo, porém, não são suicidas.

Biólogos descartam a hipótese de uma tendência suicida entre as baleias, pois, de acordo com os profissionais, o encalhamento das baleias não ocorre de maneira intencional, o que impede que o ato seja considerado uma tentativa de suicídio. Até hoje não existem explicações sobre o porquê desses encalhes ocorrerem, mas, uma das hipóteses é de que as baleias, ao adoecerem, procuram por segurança em águas mais rasas e, por serem animais que vivem em conjunto, outras baleias seguem estes animais doentes aumentando o número de seres que correm risco de encalhar.

As primeiras informações sobre o jogo no qual o nome da baleia azul teria servido de referência são de 2015, relatando incentivo ao suicídio propagado pelo V Kontakte (VK), o Facebook da Rússia. Logo após a divulgação entidades denunciaram o caso como "fake news" (notícia falsa), mas o viral seguiu avançando e chamando atenção de médicos, psicólogos, forças policiais e, principalmente, dos pais ao redor do mundo.

## 2. SOBRE O “JOGO” - DESMISTIFICAÇÃO

O termo “jogo” da Baleia Azul, como vimos, refere-se a um suposto fenômeno surgido em uma rede social russa, ligado ao aumento de suicídios de adolescentes. Acredita-se que o jogo esteja relacionado com mais de cem casos de suicídio pelo mundo, havendo fotos de feridas auto infligidas compartilhadas em redes sociais, juntamente com as *hashtags* do jogo.

De acordo com a delegada Fernanda Fernandes, responsável pelas investigações do viral no Rio de Janeiro, "*Não é lenda urbana. Estamos numa corrida contra o tempo para garantir a integridade física e a vida das vítimas, porque não sabemos em que etapa do jogo elas estão*", o que já nos apresenta a pista de que o jogo consiste em etapas.

Participantes surgem em grupos fechados, selecionados de madrugada. Na sequência, o administrador, ou "Curador", lança desafios, normalmente às 4h20, que incluem desde desenhos escarificados até atividades de risco, passando por mutilações e estímulo ao suicídio, mas em que consiste este “jogo”?

Propõem-se cinquenta desafios tendo como etapa final o suicídio. Entre os desafios estão à automutilação desenhando baleias no corpo com auxílio de objetos cortantes, assistir filmes de terror e até ficar doente propositalmente. Os jovens vão trocando mensagens em um grupo em redes sociais e os “Curadores” ficam responsáveis por propor desafios, porém, o que tem sido considerado jogo para alguns é motivo de preocupação para outros.

Observa-se que a notícia falsa russa foi um ‘fake news’ que teve um efeito que, sendo verdadeira ou não, gerou um contágio, principalmente, entre os jovens. O jogo talvez nem existisse, mas com a grande repercussão da notícia pode ter passado a existir.

Dentre os desafios que findam com o suicídio da vítima estão alguns outros como:

Se cortar e escrever a sigla “F57” na palma da mão e em seguida enviar uma foto para o curador.

Assistir filmes de terror e psicodélicos às 4:20 da manhã, mas não pode ser qualquer filme, o curador indicará, lembrando que ele fará perguntas sobre as cenas, pois ele quer saber se você realmente assistiu.

No terceiro desafio o curador propõe cortes no braço, no fim enviar a foto para o curador, e seguirá para o próximo nível.

Desenhar uma baleia azul e enviar a foto para o curador.

Para ser tornar uma baleia azul o participante do suposto jogo escreve “SIM” em sua perna. Se não, corte-se muitas vezes castigando-se.

Escrever “F40” em sua mão, enviar uma foto ao curador.

Na sua rede social, escrever “#i\_am\_whale” no status do Facebook. O texto significa “Eu sou uma Baleia”.

No decimo, o jogo da Baleia Azul propõe acordar as 4:20 da manhã e subir em um telhado e tem que ser alto.

Assistir filmes de terror e psicodélicos, todas as tardes.

Ouvir as músicas que os “curadores” enviarem.

Cortar o lábio.

Não se tem ao certo, como tudo que envolve o “jogo”, uma receita padronizada ou idêntica dos desafios, no entanto, é certo que a ordem dos desafios é alterada de acordo com o grupo de participação e as exigências dos Curadores e que no quinquagésimo desafio, o mais absurdo de todos, o jogo Baleia Azul propõe que o participante tire a própria vida.

### **3. BALEIA AZUL O “JOGO” PELO MUNDO**

Na província de San Juan, na Argentina, notícias veiculadas na mídia dão conta que um jovem de 14 anos teve de ser internado em terapia intensiva após participar do “jogo”. Em La Plata os avôs de uma menina de 12 anos deram queixa em uma delegacia de polícia e expressaram preocupação, por conta que ela realizou feridas em seu braço com um objeto cortante também devido ao jogo.<sup>54</sup>

No Chile, na cidade de Antofagasta, uma mãe relatou à polícia que sua filha de apenas 12 anos teve 15 cortes em seu braço que formaram o desenho de uma baleia. Depois de ser entrevistada por policiais, ela confessou que seguiu as instruções de um curador ao jogar este jogo.<sup>55</sup>

Em 3 de maio, na Colômbia, dois jovens que pularam do décimo terceiro andar de um edifício no país também aparentaram ter participado do jogo. A Direção de Investigação Criminal (Dijin) da Polícia Nacional da Colômbia investiga as mortes.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> <http://www.infobae.com/sociedad/2017/05/03/primer-caso-del-juego-suicida-la-ballena-azul-en-la-argentina-un-joven-de-14-anos-en-terapia-intensiva/>  
<http://losandes.com.ar/article/san-juan-un-menor-esta-en-terapia-intensiva-y-se-sospecha-que-jugaba-a-la-ballena-azul>

<sup>55</sup> <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-antofagasta/2017/04/27/denuncian-en-antofagasta-el-primer-caso-de-macabro-juego-ballena-azul-en-chile.shtml>

<sup>56</sup> <http://www.montevideo.com.uy/contenido/Investigan-en-Colombia-relacion-entre-muerte-de-tres-jovenes-y-juego-online-Ballena-Azul--341289>  
<http://exame.abril.com.br/mundo/dois-estudantes-colombianos-se-suicidam-jogando-baleia-azul/>

Na Espanha, uma menor foi admitida em uma unidade psiquiátrica de um hospital de Barcelona depois que sua família disse que ela começou a jogar 'baleia azul'.<sup>57</sup>

No Paraguai, Federico Pedro Aguilera, um estudante de segundo ano de Informática, de 22 anos, foi encontrado com um objeto perfurante no seu peito e que atravessou seu tórax, em Coronel Bogado, depois de supostamente participar do “jogo”.<sup>58</sup>

No Quênia, Jamie Njenga, um estudante da escola secundária de J. G. Kiereini no Condado de Kiambu, suicidou em 3 de maio, enforcando-se na varanda do hotel de seu avô no centro da cidade, no condado de Nairobi. Ele tinha jogado o desafio da Baleia Azul.<sup>59</sup>

Na cidade de Rivera, a 450 quilômetros de Montevidéu, no Uruguai, uma menina de 13 anos foi internada em um hospital local depois que funcionários da escola que ela frequentava descobriram ferimentos em seu braço esquerdo. Ao todo se investigam adolescentes vitimados por conta do jogo Baleia Azul em seis departamentos: Montevideo, Canelones, Colônia, Río Negro, Salto e Rivera.<sup>60</sup>

No leste da Venezuela, um estudante de 15 anos de idade do Colégio Nazareth, da cidade de Puerto Ordaz, cometeu suicídio após participar da Baleia Azul na noite de 27 de Abril deste ano.<sup>61</sup>

#### **4. BALEIA AZUL NO BRASIL**

No Brasil, o jogo tem deixado vítimas no interior do Mato Grosso e em cidades como Uberlândia, Manhuaçu, Pará de Minas e Belo Horizonte, em Minas Gerais, assim como em Feira de Santana, na Bahia. Em Juazeiro, também na Bahia, uma garota desapareceu supostamente por causa do jogo. No Rio de Janeiro, estado onde a polícia recebeu 101 denúncias que dão conta de possíveis envolvimento de adolescentes com o jogo Baleia Azul, uma mãe conseguiu impedir o suicídio de sua filha, que estaria envolvida no jogo. No estado do Paraná, o jogo terá feito mais uma vítima em Florestópolis, cerca de 73 quilômetros de Londrina. Em Maceió, o deputado Pastor João Luiz (do Partido Social Cristão) relatou na Assembleia Legislativa de Alagoas que sua sobrinha praticou suicídio sob influência do jogo.

---

<sup>57</sup> <https://actualidad.rt.com/actualidad/237143-juego-ballena-azul-llega-espana>

<http://www.elmundo.es/cataluna/2017/04/28/5903053ae2704e0f528b4590.html>

<sup>58</sup> <http://www.elmundo.es/cataluna/2017/04/28/5903053ae2704e0f528b4590.html>

<sup>59</sup> <http://businesstoday.co.ke/online-teenage-suicide-game-fever-hits-kenya/>

<sup>60</sup> <http://www.subrayado.com.uy/noticias/66333/tres-adolescentes-de-rivera-y-una-de-montevideo-victimas-de-ballena-azul> <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201704271068709717-ballena-azul-uruguay/>

<sup>61</sup> <http://noticiasvenezuela.info/2017/04/juego-mortal-la-ballena-azul-llega-a-venezuela-y-se-cobra-victima/>

Todos estes dados foram recolhidos a partir de informações veiculadas nas mídias locais, regionais e nacionais, e ainda há vários outros.

Em Paulista, Pernambuco, uma garota prestou depoimento após ser ameaçada no jogo e em Recife uma menina de 19 anos chegou até a penúltima etapa do jogo. Também uma estudante de 15 anos, moradora do município do Cabo de Santo Agostinho, na Região Metropolitana do Recife, foi encontrada por um homem no momento em que estava no parapeito da Ponte Buarque de Macedo, em Recife, para pular dela. Com diversos cortes nos braços, incluindo um com o formato de uma baleia, ela estaria tentando cumprir a última fase do desafio.

Em São Paulo, na capital, o casal de namorados Luis Fernando Hauy Kafrune e Kaena Novaes Maciel, de 19 e 18 anos respectivamente, hospedou-se no Maksoud Plaza, hotel de luxo na região da Avenida Paulista, e horas depois, Luís matou Kaena com um tiro na cabeça e suicidou-se. Autoridades ligaram o crime ao “jogo”. Em São João de Iracema uma garota de 16 anos cortou-se com lâminas, após mudar-se para a cidade vinda de Mato Grosso do Sul com medo das ameaças dos curadores do jogo.

No Distrito Federal, no dia 5 de maio de 2017, quatro adolescentes com deficiência auditiva que jogavam Baleia Azul foram impedidos pela Polícia Militar de cometer suicídio. Em Teófilo Otoni, na região do Vale do Mucuri, no interior de Minas, uma adolescente, de 17 anos, participante do jogo 'Baleia Azul', pulou do muro de seis metros do imóvel onde mora com a família. A jovem foi socorrida imediatamente e foi internada no hospital da cidade. A adolescente relatou à polícia que já havia feito cortes nos braços em função do jogo e que tinha recebido o desafio de tirar a própria vida.

Na Paraíba o “jogo” vem sendo acompanhado de perto pela polícia militar do estado e já registrou casos de mutilações, gerando amplo debate entre a força policial e a comunidade, sempre com o viés de prevenção. Os primeiros alertas surgiram nas redes sociais, a exemplo das postagens do Ten. Coronel da Polícia Militar do Estado da Paraíba Arnaldo Sobrinho:

**“ALERTA!!**

**Converse com seu filho menor ou adolescente e pergunte se ele está participando do jogo "Baleia Azul" ou "Blue Whale".**

**Em João Pessoa já há diligências para averiguar denúncia de que crianças de uma escola da zona sul já teriam se mutilado, como pacto decorrente do "jogo", que configura ao final, uma espécie de "pacto suicida" (como último desafio).**

**Crianças e adolescentes estariam sendo coagidas a participar do jogo "Baleia Azul" no Facebook ou WhatsApp. O caso tem preocupado muitos pais nos últimos dias e tem se disseminado no Brasil.**

**Cibercriminosos brasileiros com provável acesso ao banco de dados do Serasa e Cadastro Nacional assustam as vítimas menores de idade na rede social ao mostrar dados pessoais e fazer ameaças.**

## **ALERTA II**

.

**Pais, acompanhem e orientem seus filhos!!!**

.

**Segunda-feira, 17.04, às 10h, no CIOP, falarei à imprensa sobre os resultados, providências e encaminhamentos.**

.

**Em pouco mais de uma semana catalogamos vários casos em todo o Brasil (através de denúncias) incluindo aqui na Paraíba (João Pessoa) já confirmadas.**

.

**Algumas situações com fortes indícios e outros casos confirmados de mutilações e, até obitos, relacionados ao desafio/jogo da "baleia azul" ou "blue whale".**

.

**A Associação Internacional de Prevenção e Combate ao Crime Cibernético foi informada e está acompanhado à situação.**

**Só para lembrar aos curadores, instigadores, criadores e moderadores do "desafio da baleia azul" em grupos de Facebook ou WhatsApp que tais ações podem configurar crime de:**

.

- Constrangimento ilegal, art. 146, do Código Penal;**
- Ameaça, art. 147, do Código Penal;**
- Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, art. 122, do Código Penal;**
- Associação criminosa. art. 288, do Código Penal.**

**Somando tudo: até 16 anos de prisão.” (Facebook, Arnaldo Sobrinho)**

Em entrevista ao apresentador Samuka Duarte, em 18 de Abril, durante o programa policial "Correio Verdade", de grande audiência televisiva na região, o Ten. Coronel Arnaldo Sobrinho e a Psicóloga Dra. Daniele fizeram o alerta sobre a existência do "jogo" que vinha sendo acompanhado pela polícia militar paraibana a cerca de uma semana, inclusive, com a ocorrência de vários casos de mutilações já confirmados e registrados. Segundo o Tenente Coronel as vítimas que participaram do desafio apontam que a situação ocorre camuflada onde as pessoas, de modo geral, procuram não se expor, motivo pelo qual se orienta o acompanhamento por parte dos pais ao que os filhos fazem nas redes sociais.

O apresentador questiona como os pais poderiam contribuir com a polícia militar no combate ao "jogo". De acordo com o Ten.-cel. Arnaldo, algumas situações demandam a intervenção policial direta e imediata como nos casos em que se coloque em risco a vida das pessoas, em casos de ameaça, extorsão ou coação. Se observado o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, conduta tipificada no código penal, os pais podem ligar para 190 da polícia militar ou dirigir-se a delegacia mais próxima para efetuar sua denúncia.

Deve-se observar o comportamento estranho dos jovens, pois, os "desafios" propostos pelos curadores colocam-nos em situações inusitadas, como subir a meia noite no telhado da casa e etc. Ameaça e constrangimento ilegal são as condutas criminosas que se configuram a priori no "jogo", podendo chegar ao Art. 122 do CP se cumprido o suposto desafio final.

Ainda durante a entrevista, em complemento, a Dra. Daniela aponta, reforçando as explicações já apresentadas, que os pais devem identificar os níveis de imaturidade dos seus filhos, intercedendo em sua rotina e conhecendo o envolvimento dos jovens nas redes sociais. Segundo a Doutora, não existe invasão de privacidade por parte dos pais ao buscar informações sobre a vida dos seus filhos e a melhor maneira de prevenir esta conduta e outras é os pais realmente fortalecerem o vínculo entre pai-e-filho.

## **5. CONDUTAS CRIMINALMENTE IMPUTÁVEIS**

Na definição doutrinária majoritária, define-se o suicídio como a retirada da própria vida, voluntária e intencional. O suicídio puro e simples não é crime, por conta do princípio desenvolvido por Claus Roxin<sup>62</sup>, e, em síntese, consiste no comando segundo o qual ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si mesmo. Ou seja, uma conduta, para ser penalmente relevante, deve transcender seu autor e atingir bem jurídico de outrem.

---

<sup>62</sup>Jurista Alemão introdutor do Princípio da bagatela, em 1964, no sistema penal, foi o desenvolvedor do Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade no Direito Penal.

Nesta quadra, a conduta mais rigorosamente punível em se tratando do “jogo”, sem dúvida, se enviesa com a consumação ou não da morte da vítima, pois, veja bem, o que é punível, *prima facie*, é a participação no suicídio de alguém, ou seja, a instigação ou indução ao suicídio, por força do artigo 122, do Código Penal Brasileiro, prevendo uma pena de reclusão de 02 a 06 anos, se o suicídio se consuma ou, de 01 a 03 anos de reclusão, caso haja tentativa de suicídio com resultado de lesão corporal grave.

Se a vítima é menor de 18 anos ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência, com escoro no artigo 122, parágrafo único, inciso II, do CP, a pena é dobrada. Se a vítima é incapaz o agente deverá responder pelo crime de homicídio qualificado, art. 121, § 2º, IV do CP, com pena de reclusão de 12 a 30 anos, pois, neste caso só é suicídio se a vítima voluntariamente se despedir da vida, caso contrário, a vítima é um instrumento sem capacidade para consentir.

No “jogo” da Baleia Azul quem tenta deixar o grupo e é impedido por ameaças feitas pelos Curadores em prol de sua segurança própria ou de seus familiares, motivo pelo qual o Curador poderá responder também por crime de ameaça, fulcro no artigo 147, do CP com pena de detenção de 01 a 06 meses.

Dentre os desafios solicitados pelos Curadores alguns visam que a vítima infrinja a legislação promovendo pichações ou vandalismo em prédios públicos dentre outros. Desta feita, além das próprias vítimas estarem incorrendo nos crimes que praticarem, em face da sua consciência do ilícito, os Curadores, por esta conduta, podem ser imputados no crime previsto no artigo 146 do CP, Constrangimento ilegal.

## **6. ANÁLISE ATUAL DO “JOGO”**

Passamos por três revoluções na história da humanidade: a agrícola, a industrial e agora a tecnológica. A tecnologia está aí e veio para ficar. Não tem como negar sua utilidade nem seu poder na boa utilização e como isso nos causa bem estar. Por exemplo, antigamente para conversar com alguém do outro lado do mundo era praticamente impossível. Hoje podemos ouvir a voz, ver o rosto e tudo isto por um custo praticamente mínimo.

Temos a internet do bem e também a internet do mal. Infelizmente, essa era digital está trazendo muitos prejuízos como, por exemplo, jogos suicidas. É comum vermos muitos jovens dependentes dos celulares, tablets e computadores que passam o dia inteiro com os olhos nos seus aparelhos eletrônicos. Os pais descansam tranquilos na confiança de que estão

a salvos da marginalidade que ocorre nas ruas, como se estivessem seguros trancados dentro do quarto. O que vimos não ser completamente verdade.

O jogo da Baleia Azul foi assunto mais comentado nas redes sociais e em todos os veículos de comunicação durante o mês de abril deste ano. A Câmara dos Deputados aprovou, ainda neste mês, a realização de uma audiência pública onde foi discutido o “jogo da Baleia Azul“. Uma pesquisa do Cetic.br<sup>63</sup> que analisou 19 milhões de internautas brasileiros mostrou mostra o avanço das buscas online por mutilações (11%) e mortes (6%). Os casos mais recentes envolvem o jogo Baleia Azul.

Para Conrado Adolpho<sup>64</sup> “*as Redes Sociais dependem do chamado “efeito fila de balada” – estou lá porque todos estão.*” Assim, demandam massa crítica para se tornarem de fato sociais, senão, acabam não prosperando e morrem. São como inovações tecnológicas natimortas, que ficam ultrapassadas antes mesmo do lançamento por terem perdido o “timing”, como aconteceu com a TV de plasma frente aos novos modelos de LCD.

Para Adolpho o Orkut, campeão entre os brasileiros, foi estraçalhado pelo Facebook. O Twitter, que ainda reina sozinho no universo dos microblogs, já percebe breves, tímidas e “betas” iniciativas de concorrentes como o Meme, do Yahoo, e o Yammer.

Como todo modismo virtual a febre da Baleia Azul vem se mostrando tão rápida e passageira quanto foi surpreendente em seu surgimento. Nos últimos dias poucas novidades se acrescentaram aos debates, apesar de novos casos continuarem a surgir. O que se nota é que entre verdades e mentiras o alarde serviu de alerta e minimizou os danos do fenômeno.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O jogo da Baleia Azul não é uma brincadeira, é um sinal, um atentado contra os direitos fundamentais e não pode ser tolerado. É preciso que os pais e tutores estejam vigilantes com seus filhos, somente assim haverá a devida proteção das crianças e adolescentes nas redes sociais. É muito mais fácil prevenir que remediar, as crianças e adolescentes necessitam de proteção e não se deve levar esta pratica bárbara na brincadeira, devemos promover escudos aos Curadores virtuais.

As forças policiais continuam a registrar os casos deste e de outros “jogos” que teimam em atingir negativamente a sociedade, apenas com o auxilio dela própria podemos

---

<sup>63</sup> Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação.

<sup>64</sup> Palestrante especialista em marketing digital: <http://www.conrado.com.br/redes-sociais-tendencia-ou-modismo/>

chegar a uma solução duradoura e benéfica, por isso, as denúncias, registros de boletim de ocorrências e debate do assunto são fundamentais nesta luta.

Este “jogo” macabro não encontra precedentes históricos, óbvio, pelo formato digital que ostenta, onde, necessariamente se fazem presentes as TIC’s, más, também, pela conotação suicida que, descartadas algumas, não aparece geralmente nas culturas repassadas há séculos, que servem de modelo para socialização da humanidade.

No que diz respeito a grande veiculação midiática do assunto, deve-se observar de forma fragmentada todas as notícias veiculadas, separando as que realmente merecem consideração das que apenas buscam o sensacionalismo barato. Além disso, o fator digital, a comunicação rápida e desmedida, por vezes, faz com que a propagação de notícias infundadas ou distorcidas seja muito avassaladora e sem o devido enfrentamento com a realidade dos fatos.

Quanto às condutas “supostamente” imputáveis, pois, não há, até então, nenhuma punição definitiva ligada diretamente ao fenômeno da Baleia Azul, podemos destacar a dificuldade na identificação de culpados por conta do anonimato oferecido pelas redes sociais e o difícil levantamento de provas contundentes como sendo os grandes vilões responsáveis pela falsa sensação de impunidade que paira entre os agentes causadores destas condutas criminosas. Esta sensação de impunidade é de toda falsa, pois, sabemos que o crime além de não compensar também não é perfeito, deixa pistas e provas que, certamente, levarão os culpados a baile.

Por fim, cabe, mais uma vez, o alerta aos pais e protetores da convivência social pacífica e construtiva em permanecer silente frente aos avanços tecnológicos e suas malefícências traduzidas nestes jogos suicidas que, apesar de novos, já se multiplicam e se transformam, evoluindo as condutas bárbaras que visam destruir famílias e têm como alvo principal nossos jovens e adolescentes tantas vezes renegados no próprio seio familiar.

## REFERÊNCIAS

ADOLPHO, Conrado. Redes Sociais: tendência ou modismo?. 2017. Disponível em: <<http://www.conrado.com.br/redes-sociais-tendencia-ou-modismo/>>. Acesso em: 20 maio 2017.

ARNALDO SOBRINHO, (Ed.). Facebook: ALERTA. 2017. TEN. COR. POLÍCIA MILITAR DA PARAÍBA. Disponível em: <[www.facebook.com/arnaldosobrinho10](http://www.facebook.com/arnaldosobrinho10)>. Acesso em: 20 maio 2017.

BALEIA Azul (jogo). 2017. WIKIPÉDIA. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Baleia\\_Azul\\_\(jogo\)#cite\\_note-2](https://pt.wikipedia.org/wiki/Baleia_Azul_(jogo)#cite_note-2)>. Acesso em: 20 maio 2017.

BALEIA-AZUL não é suicida: Conheça o animal que dá nome ao jogo. Conheça o animal que dá nome ao jogo. 2017. Jornal do Commercio. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/cienciamambiente/noticia/2017/04/21/baleia-azul-nao-e-suicida-conheca-o-animal-que-da-nome-ao-jogo-279586.php>>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BAHIA; Mídia. 50 DESAFIOS do jogo Baleia Azul. 2017. Disponível em: <<http://midiabahia.com.br/cotidiano/2017/04/19/veja-os-50-desafios-jogo-baleia-azul/>>. Acesso em: 20 maio 2017.

MIRANDA, Gustavo T. de. Baleia Azul: o jogo na internet que pode levar à morte de joven. 2017. Disponível em: <<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/baleia-azul-o-jogo-na-internet-que-pode-levar-a-morte-de-jovens>>. Acesso em: 20 maio 2017.

PAULA, Isaque Maximiano Pereira de. Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio - artigo 122 CP. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26301&seo=1>>. Acesso em: 21 maio 2017.

PENNAFORT, Roberta. Polícia busca 'curadores' do jogo online Baleia-Azul. 2017. UOL Notícias. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/04/21/policia-busca-curadores-do-jogo-online-baleia-azul.htm>>. Acesso em: 20 maio 2017.

TREVISOL, Elias Guilherme. O jogo da Baleia Azul: consequências penais. 2017. JUSTIFICANDO. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/24/o-jogo-da-baleia-azul-consequencias-penais/>>. Acesso em: 20 maio 2017.

## CAPÍTULO 7

### DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICABILIDADE DESTA TUTELA NO BRASIL

Gledson Batista Ferreira<sup>65</sup>

Luciana Albuquerque Cavalcanti Brito<sup>66</sup>

#### INTRODUÇÃO

A década de 1980 foi marcada por uma intensificação severa no desenvolvimento e integração de aspectos modernizadores, políticos, econômicos e culturais no mundo, o que fomentou, conseqüentemente, avanços notórios nos meios de transporte e comunicação; a este fenômeno foi dado o nome de Globalização, descrito como a palavra insistente que permeia nosso cotidiano, e está sempre associada à evolução da informática e a nova dimensão do capitalismo. O processo globalizante é assunto mergulhado em profunda controvérsia, pois se afigura poderoso instrumento de modificações nas sociedades, assim pontua Frank Larrúbia (2001).

Ao falar sobre a globalização, é possível identificar dois marcos incisivos deste processo mundial, ambos dotados de caráter revolucionário e de suma importância para a maturação do mundo hodierno, discrepantes apenas em seus períodos e conseqüências para o direito. Em um primeiro momento, pauta-se a globalização como fruto de um perfil capitalista e comercial, aplicada à uma sociedade instintivamente industrial, que compreendia efeitos relevantes no mundo jurídico somente naquilo que cabia à atividade empresarial, movimentações pecuniárias e relações de comércio, pouco se afirmando naquilo que diz respeito aos direitos do ser humano enquanto indivíduo. Conquanto, em um segundo momento, o processo de globalização instruiu, por meio da tecnologia remanescente de seu estágio industrial, a multinacionalização de culturas e conhecimentos, aproximando as relações nacionais, internacionais e de indivíduo para indivíduo, instigando o desenvolvimento em todas as suas vertentes, o que ensejou na eclosão de uma sociedade contemporânea de natureza exorbitantemente informacional e conectada. Este segundo olhar,

---

<sup>65</sup> Graduando em Direito pelo Instituto de Ed. Superior da Paraíba - IESP

<sup>66</sup> Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professora de Direito Civil do IESP-FACULDADES.

de maneira evidente, trouxe peculiaridades para a esfera jurídica que estavam intimamente ligadas às relações sociais e suas informatizações.

Não restam dúvidas que o fenômeno da globalização tem trazido alterações no desenvolvimento socioeconômico, sobretudo no que tange ao mundo do direito. É inegável que a substituição da sociedade industrial pela informacional tem ganhado cada vez mais espaço, trazendo consigo inovações de caráter contínuo, assim como, é inevitável que o processo global de desenvolvimento seja substantivamente mais oportuno e tenha alongado o seu alcance, demandando uma atenção maior aos observadores e operadores do direito.

O tamanho progresso tecnológico que vem acontecendo desde então tem proporcionado aos meios de comunicação uma capacidade impressionante na disseminação e armazenamento de dados, quer sejam pela sua continência e amplitude, quer sejam pela sua fugacidade e eficácia, sobretudo após os anos 1970, com o surgimento das redes globais de computadores interligados, a *internet*, ocasionando, por exemplo, a possibilidade de veicular dados de qualquer natureza em tempo real para todo o planeta. Contudo, como decorrência disso, há de se avaliar que a discussão acerca do direito à intimidade é fato preponderante na estrutura social presente e, que este desenvolvimento na propagação de informações, fatos e imagens, gera impactos de caráter incomensurável na seara do Direito Civil, mormente aos desdobramentos que cabem ao direito de imagem. A partir deste contexto, fomentaram-se as discussões sobre o Direito ao Esquecimento.

A modalidade metodológica usada para obtenção de resultados nesta pesquisa será a de revisão referencial qualitativa, fazendo uso de várias referências jurisprudenciais, doutrinárias e de força legal, para comparação e análise de concepções que por vezes poderiam se repetir, se distanciar, ou ainda estar em estado de convergência.

## **1. DESENVOLVIMENTO**

### 1.1 Conceito e contexto histórico:

Em entrevista com a revista “A Folha de São Paulo” (2010), o pesquisador austríaco Viktor Mayer-Schönberger, um dos principais idealizadores do direito ao esquecimento, afirma que a limpeza de memória feita pelo cérebro humano é uma virtude e não uma limitação, no entanto, a conjectura atual das mídias digitais não mais permite que esta virtude tenha a eficiência natural que já tivera, o que tem causado repercussões diversas sob a ótica do

universo jurídico. A partir desse contexto, surgiu o “*The right to be left alone*”, (Direito de ser deixado em paz ou, ainda, direito ao esquecimento).

Há muito se discute o conflito existente entre o direito à intimidade do indivíduo e o direito à informação pela coletividade, haja vista que o terreno social hodierno é propício e carente da implementação de uma proteção à vida privada, vez que os meios de comunicação possibilitaram a interação contínua do indivíduo com a sociedade como um todo, interação esta que por muitas vezes pode caracterizar-se como conflituosa.

Todavia, é importante frisar também que os interesses gerais e particulares não podem ser pesados na mesma balança, tornando este tema mais relevante e carecido de atenção. É nestas circunstâncias que se discute o direito ao esquecimento, ou direito de ser esquecido, que consiste na possibilidade de um indivíduo não autorizar, ou ainda requerer que sejam excluídos dados, fatos ou notícias de determinada época de sua vida que, quando trazidos de volta à tona podem causar prejuízo aos envolvidos, assim pontua o Ministro Gilmar Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (MENDES, 2007, p. 374).

Pode-se afirmar que o Direito ao Esquecimento surgiu, contemporaneamente na Europa, mas não restam dúvidas que seus primeiros vestígios despontaram na sociedade norte-americana, em meados dos anos 1890, com a publicação da primeira obra que tratava sobre esta tutela, o artigo “*The Right to Privacy*” (1890), escrito por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, uma das reflexões mais influentes no direito americano da época, abordando a temática de proteção à privacidade e instigando as discussões sobre os fundamentos da vida privada e o interesse coletivo sobre determinado fato ou informação.

A partir deste debate, alguns casos da jurisdição americana passaram a buscar respaldo naquilo que defendia o ensaio de Samuel e Louis, como, por exemplo, o caso Melvin VS. Reid, também conhecido como “*The Red Kimono*”, ocorrido em 1931 no estado da Califórnia, significando um marco na aplicação do “*The right to be forgotten*” (direito ao esquecimento). Os fatos foram os seguintes: no ano de 1918, Gabrielle Darley, até então prostituta, foi acusada de ter cometido homicídio, todavia, depois de todo o trâmite, foi absolvida pela corte californiana, seguindo sua vida normalmente, abandonando a prostituição, contraindo matrimônio com Bernard Melvin e constituindo família.

Acontece que, alguns anos depois, foi veiculado o filme *The Red Kimono*, da produtora Doroty Davenport Reid, que narrava detalhadamente a vida de Gabrielle, utilizando até mesmo o seu nome pessoal. Gabrielle e sua família sentiram-se amplamente lesados com a exibição desses fatos, até que pleitearam em juízo a retirada destes, a Corte da Califórnia reconheceu como procedente o pedido de reparação pela violação à vida privada dos autores da ação, entendendo como desnecessários os ataques dessa natureza à reputação dos envolvidos.

Neste certame, também podem ser observados alguns casos emblemáticos na jurisprudência alienígena, como, por exemplo, o caso ocorrido em 1955 com a atriz alemã Marlene Dietrich, que teve dados de sua vida pessoal e pretérita divulgados abruptamente sem seu consentimento pela mídia francesa, sendo lembrado como um dos marcos que influenciou diretamente a construção do muro tênue entre a liberdade de informação e o direito à vida privada. A corte francesa, em consonância com o que decidiu a norte-americana no caso *Melvin VS. Reid*, acolheu o pedido de Marlene, reconhecendo que as recomendações de sua vida privada eram pertencentes ao seu patrimônio moral, e ninguém poderia publicá-las sem sua autorização expressa. As particularidades deste caso refletem a incidência do direito ao esquecimento sobre indivíduos que possuem vida pessoal pregressa que não deve ser submetida às nuances da vida pública que goza.

Outro caso intrigante, datado de 1969, foi o dos “Soldados Lebach”, ocorrido na Alemanha, quando quatro soldados do exército alemão foram assassinados enquanto guardavam um depósito de armas próximo à cidade de Lebach. Na ocasião, os soldados foram mortos por três ladrões enquanto dormiam, dois destes foram processados e condenados à prisão perpétua, enquanto que o terceiro recebeu a pena de seis anos de reclusão.

Ocorre que, alguns dias antes do cumprimento da pena pelo terceiro condenado, uma emissora de televisão alemã transmitiria um documentário retratando todos os fatos acontecidos naquela época, bem como utilizando os nomes dos condenados, fotografias e imagens reais do acontecimento. Diante desta situação, o terceiro condenado acionou o judiciário, requerendo liminarmente a proibição da exibição do documentário, alegando que se assim acontecesse, sua imagem seria violada e dificultaria sua reinserção na sociedade. Inicialmente, o tribunal alemão reconheceu como improcedente o pedido, entretanto, quando a discussão chegou ao Tribunal Constitucional Federal alemão, gerou grande repercussão e afirmou o direito ao esquecimento como direito fundamental.

O Tribunal constatou que a exibição do noticiário sobre um crime de natureza grave, mas não mais revestido de interesse público tornaria extremamente difícil o processo de ressocialização do autor da ação, assim como feriria as proteções que são cedidas à personalidade.

Por fim, nota-se que o “*the right to be forgotten*” americano serviu como fonte subsidiária para a aplicabilidade desta tutela em muitos países. Mas foi somente no ano de 2007, com a formulação contemporânea do que veio a ser chamado de direito ao esquecimento pelo pesquisador Viktor Mayer-Schönberger, que a discussão ganhou espaço, sendo fomentada assiduamente pela influência e usabilidade exacerbada da internet como plataforma de armazenamento e compartilhamento de dados no mundo atual. A partir deste contexto, em janeiro de 2012 o Conselho e Parlamento europeu idealizaram um projeto de lei que regulamentaria a proteção de dados na internet, entretanto a lei teve um processo amplo de maturação, somente sendo aprovada em 2016 e devendo tomar efetiva aplicação em 2018, prazo dado para adequação das empresas veiculadoras de conteúdo que funcionam nos países constituintes da União Europeia. O novo regulamento substituiu diretrizes de 1995 e trouxe em seu escopo temas que faziam menção aos cuidados necessários com a coleta e armazenamento de informações e, o direito ao esquecimento de forma explícita, em seu artigo 17 N° 1, “O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada”, impondo ainda ao veiculador das informações a responsabilidade de tomar as medidas cabíveis, senão vejamos a razão motivadora de N° 66:

Para reforçar o direito a ser esquecido no ambiente por via eletrônica, o âmbito do direito ao apagamento deverá ser alargado através da imposição ao responsável pelo tratamento que tenha tornado públicos os dados pessoais da adoção de medidas razoáveis, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar os responsáveis que estejam a tratar esses dados pessoais de que os titulares dos dados solicitaram a supressão de quaisquer ligações para esses dados pessoais ou de cópias ou reproduções dos mesmos. Ao fazê-lo, esse responsável pelo tratamento deverá adotar as medidas que se afigurarem razoáveis, tendo em conta a tecnologia disponível e os meios ao seu dispor, incluindo medidas técnicas, para informar do pedido do titular dos dados pessoais os responsáveis que estejam a tratar os dados. Fonte: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/17.htm>> Acesso em 15/09/2017.

Nota-se que o dispositivo legal supramencionado acolheu expressamente o direito ao esquecimento no seu ordenamento jurídico, protegendo a vontade do indivíduo e responsabilizando os controladores de dados dirigentes. A partir desta regulamentação, o

cidadão europeu passou a ter uma participação mais efetiva sobre os dados que circulam na Internet, naquilo que tange à vontade de mantê-los e no consentimento prévio para divulgação (NOLETA, 2013 p.281).

## 1.2 Pressupostos para a pretensão do Direito ao Esquecimento

Como todo instituto gerador de consequências e pertencente à órbita do direito, inclusive no que tange à responsabilidade civil, o direito ao esquecimento percebe alguns pressupostos de condição *sine qua non* para sua pretensão, quais sejam, a existência de um dado, informação, imagem ou fato pretérito ligado ao íntimo da pessoa que sentira-se prejudicada, podendo ser este dado referente à sua vida ou a de outrem que lhe era próximo, como por exemplo um ente da família, compreendendo também fatos de indivíduos que não estão mais vivos.

Há de se mencionar também a veracidade e disponibilidade desses dados. Quanto à primeira, a apuração e requisição deste direito independem de genuinidade ou farsa, haja vista que o que está posto em insegurança é o direito da personalidade do indivíduo, e, em relação à segunda, faz-se necessária a disposição de caráter acessível e extenso para a coletividade. Neste diapasão, infere-se que o indivíduo estaria fadado a carregar aquilo que não lhe serve ou não quer mais recordar para todo o sempre. É válido acrescentar que nenhuma pena de caráter perpétuo é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, assim preceitua o artigo 5º, XLVII, alínea 'b' da Constituição Federal de 1998:

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

[...]

XLVII - não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo;

Para enfatização, a título de exemplo, pode-se citar o ex-detento, cuja pena tenha sido cumprida. É indiscutível que esse encontra dificuldades incontáveis de reinsserir-se na sociedade, ter os fatos que o levaram à penitenciária lembrados largamente pelos canais de comunicação, não só acentua essas circunstâncias, mas torna a sanção condenatória que sofrera não mais de natureza transitória, e sim de feitio perpétuo.

### 1.3 Direito ao Esquecimento no Brasil

Os primeiros debates sobre o Direito ao Esquecimento foram introduzidas nos Estados Unidos e na Europa, mas a conjectura atual da sociedade moderna possibilitou a receptividade deste tema por todo o mundo, inclusive no Brasil, onde podemos observar alguns casos emblemáticos.

A primeira demanda judicial que citou o direito ao esquecimento no Brasil envolveu a publicação de material jornalístico a respeito de Raul Fernando do Amaral Street (também conhecido como Doca), autor do homicídio que vitimou a socialite Ângela Diniz, no ano de 1976, em Búzios, no Rio de Janeiro. Acusado pelo assassinato, Doca Street foi absolvido no primeiro julgamento, sob a alegação de legítima defesa da honra, mas a pressão social e histeria do movimento feminista da época permitiu que fosse condenado a 15 anos de prisão no segundo julgado. A emissora de televisão Globo, 27 anos depois do ocorrido, veiculou em sua programação uma reportagem que falava expressamente sobre o caso, trazendo de volta à tona a figura de Doca, que demandou a emissora, alegando ter cumprido sua pena e estava reintegrado a sociedade, portanto, a veiculação dos fatos teria lhe causado danos à imagem. Em primeira instância, a emissora foi impedida de transmitir a reportagem e condenada a pagar elevada indenização a Doca, a título de danos morais. Todavia, em segunda instância a decisão foi reformada, e julgada improcedente. No julgado foi reconhecida a liberdade de expressão da emissora, limitando a exibição do programa às provas documentais produzidas na época.

Outro caso que aborda o tema e pode ser citado é o da “Chacina da Candelária”, ocorrido em julho de 1993, em frente à igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, quando policiais à paisana atiraram contra crianças e adolescentes que dormiam na escadaria da igreja, matando oito crianças e ferindo gravemente os demais. Três policiais foram condenados pelo crime e dois foram absolvidos. O autor da ação foi um dos condenados por participar desse massacre. Finalizado o processo criminal o autor da ação foi absolvido. Anos mais tarde, a emissora Globo realizou uma retrospectiva do ocorrido, destacando a identificação dos envolvidos e o mérito do julgamento. Segundo o autor que ajuizou a ação (um dos condenados por participar desse massacre), a exibição do documentário faria renascer a figura de um criminoso cruel perante a sociedade, tirando-lhe a paz e o anonimato, dificultando a vida em comunidade, inclusive para seus familiares. Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, mas foi reformado em segunda instância.

Todavia, um recurso especial permitiu que a questão chegasse ao Superior Tribunal de Justiça, que foi favorável à proteção aos direitos da personalidade, por meio do direito ao esquecimento, preservado a imagem e o nome do demandante.

A apresentadora Xuxa Meneghel conseguiu tirar das locadoras do país o filme “Amor Estranho Amor” (1979), no qual ela protagonizava cenas eróticas com uma criança. Entretanto, as imagens já estavam disponíveis na internet e, em 2010, a apresentadora entrou com uma ação que pedindo o impedimento do site de buscas Google de listar resultados referentes aos termos “Xuxa pedófila” e semelhantes. Em 2012, o STJ considerou que a Google não deveria fazer controle prévio dos conteúdos publicados na web por meio da eliminação de resultados de busca, conforme atesta parte da decisão:

“Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na ‘web’, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.” (MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 15.955 RIO DE JANEIRO)

Ademais, é de imensurável importância frisar um último evento, qual seja o “Caso Aída Curi”, cuja repercussão poderá trazer mudanças significativas no escopo do direito brasileiro, no que tange ao tema em comento.

Aída Jacob Curi morreu aos 18 anos, em 1958, quando foi atirada do décimo segundo andar por seus agressores de um edifício em Copacabana, Rio de Janeiro, na tentativa de encobrir a tentativa de estupro simulando um suicídio. Quase 50 anos após o crime, o caso foi tema de um programa veiculado pela emissora de TV Globo. A família de Aída afirmava que o tempo havia se encarregado de tirar o tema da imprensa, entretanto, o documentário, que explorara o nome e a imagem da vítima, além de alguns de seus familiares, sem a autorização, trouxera a tona o passado doloroso. Então, os irmãos de Aída ajuizaram ação de reparação de danos morais, alegando que os fatos estavam esquecidos e que a TV Globo havia reaberto feridas, além de danos materiais, visto que a exibição do caso tinha fins comerciais e econômicos sem autorização.

O STJ entendeu que, nesse caso, o crime era indissociável do nome de Aída. Isto é, não era possível que a emissora retratasse essa história omitindo o nome da vítima.<sup>67</sup> Nas palavras de Melina Ferracini (2016), o direito ao esquecimento não fora aplicado neste caso

---

<sup>67</sup> Fonte < <https://maysapaiva.jusbrasil.com.br/artigos/392554304/direito-ao-esquecimento> >

porque o incidente veiculado pela emissora de TV era considerado como fato histórico, não ferindo o âmbito de proteção da vida privada. O caso “Aída Curi” repercutiu consideravelmente e, por abarcar conflitos de natureza constitucional, chegou até o Supremo Tribunal Federal. Segundo o Ministro Dias Toffoli, relator do processo, será de suma importância para eventos futuros pertinentes ao Direito ao Esquecimento, uma vez que o rumo do processo terá repercussão geral.

A partir dos casos citados é possível notar o quanto este tema tem inflamado o judiciário brasileiro, reiterando-se também a dificuldade em julgar os casos pelos juízos competentes, podendo proporcionar um ambiente de profunda insegurança jurídica, vez que não há legislação que aborde o direito ao esquecimento no Brasil.

#### 1.4 Garantias constitucionais contrapostas

Muito embora careça de positividade específica, é possível encontrar nuances desta tutela no escopo jurisdicional brasileiro, seja por argumentos favoráveis ou contrapostos. Indubitavelmente, a premissa consagrada em nosso ordenamento jurídico que mais ampara o Direito ao Esquecimento é a conjectura de garantias à vida privada e à intimidade, entretanto, é também no mesmo dispositivo legal que afere-se o principal argumento contraposto à esta tutela, o direito à informação pela coletividade, presentes no artigo 5º incisos X e XIV, respectivamente, da nossa lei maior, senão vejamos:

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (Constituição Federal de 1988)

O direito a privacidade é reconhecido como a defesa de valores que são inatos ao ser humano, como a honra, a imagem, a intelectualidade e outros tantos situados entre a esfera da vida pública e a da intimidade, aferindo a esta última a qualidade de esfera individual, apontada no âmbito da relação do ser consigo mesmo, do auto-centrismo, do auto-

conhecimento, dos aspectos e situações mais ínfimas de cada um que estariam fora do alcance dos participantes da vida privada (Kataline Tomaz, 2006).

Contrário ao que diz o direito à privacidade, o direito a informação, como direito subjetivo e fundamental assegurado a todo cidadão, faz emanar, neste sentido, a liberdade de expressão, não podendo estar subordinada a nenhum tipo de censura. Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 246), “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.”

Segundo o entendimento uníssono da doutrina e do STF, não há nenhum direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, nesta senda, é válido frisar que neste caso são veemente fitados dois polos extremos, quais sejam a liberdade de informação que possui a coletividade e o direito do indivíduo particular ter resguardada a sua vida privada, pergunta-se qual destes direitos sobrepõe-se ao outro, dependendo, em virtude da situação conflitante, da análise e ponderação do caso concreto, não podendo afastar a incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, restando em uma arbitrariedade de excessiva complexidade por parte dos operadores do direito.

#### 1.5 Dispositivos legais que compreendem subjetivamente o Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro

Em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, foi aprovado um enunciado que defendia a existência do direito ao esquecimento como uma constante pertencente à órbita da dignidade da pessoa humana, observemos: “Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Ainda que o enunciado em comento não tenha força de norma cogente, viabilizou a expansão da discussão para pesquisadores do direito. No Brasil o reconhecimento desta tutela tem caminhado a passos curtos e, além do direito à vida privada expresso no texto da constituição federal de 1998, há outros arranjos legais que englobam o tema em comento.

Como o próprio Enunciado reafirmou, o Direito ao Esquecimento pode ser considerado como uma espécie dos chamados direitos da personalidade, instituídos nos artigos 12 a 21 do Código Civil de 2002. Entende-se como direitos da personalidade, aqueles que são inerentes a todo indivíduo, sendo dotados, portanto, de irrenunciabilidade e, por conseguinte, de intransmissibilidade. Segundo Paulo Sergio Carvalhaes (2015), a inserção dos direitos da personalidade na parte geral do Código Civil demonstra a preocupação do

legislador em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mostrando a interação entre os institutos e embasando o pressuposto de que o direito ao esquecimento está compreendido por uma raiz constitucional e é instrumento da mais lúdima atenção no ordenamento jurídico vigente.

Neste âmbito, se faz mister citar a Lei nº 12.965 de 2014, intitulada como o Marco Civil da Internet (MCI) e encarregada de disciplinar as relações dos usuários na rede de computadores interligados. Sendo pioneiro ao abordar o tema em discussão de forma mais direta em relação aos demais dispositivos legais do Brasil, o MCI trouxe em seu escopo a previsão de princípios, garantias, direitos, deveres e diretrizes para a atuação do Estado, incitando em seu artigo 7º, inciso X, o Direito ao Esquecimento:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...] X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Todavia, resta ainda o conflito da colisão entre os direitos constitucionais já mencionados neste trabalho, e qual desses deverá estar sobreposto em relação ao outro, podendo-se contestar até mesmo a constitucionalidade desta preceituação, haja vista que, para a efetiva remoção dos dados, não pressupõe nenhum caráter probatório, desconsiderando as premissas do direito constitucional de liberdade à informação e mostrando-se omissa quanto à situações diversas que podem vir a acontecer, já que o Direito ao Esquecimento não é evocado apenas nas relações oriundas da internet.

#### 1.6 O dano causado a saúde de quem quer ser esquecido

É inegável a existência de uma predisposição arrogante entre as ciências de uma forma genérica, vez que estas se qualificam como auto-suficientes, desta forma, o não uso da interdisciplinariedade na busca pelo direito justo e certo pode acarretar decisões injustas, quando, por exemplo, não se tem conhecimento prévio sobre as doenças psicológicas e mentais que um dano psíquico pode causar à saúde de um indivíduo, utilizando de argumentos, tais como, “o tempo diminuirá a dor”, para fundamentar decisões, mesmo quando não há respaldo científico, ou uma análise profunda do caso concreto. Nas palavras de MAURMO (2017) “esquecimento é perdão, o alisamento do passado, igual ao que as ondas do mar fazem com a areia da praia durante a noite” (apud Rubem Alves, 1999 p. 99),

alocando o direito ao esquecimento não só para resguardar os direitos da personalidade, mas também assegurar a garantia à saúde, que, se observada de um ponto de vista mais superficial, também será compreendida pelos direitos inerentes à personalidade.

Tão certo quanto o direito à intimidade e o direito à informação, está em nossa carta magna o direito público e subjetivo à saúde, aspecto de demasiada discussão quando se fala do direito de ser esquecido, bem como suas consequências na seara do direito civil, mais especificamente para o instituto da responsabilidade civil.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o conceito de saúde não está relacionado somente ao não acometimento de enfermidades, está também intrinsecamente ligado a um estado de bem-estar físico, social e mental, classificado como um direito fundamental e inerente à pessoa humana. Neste contexto, levando-se em conta a existência da figura do dano moral dentro do cenário jurídico brasileiro, confere-se que o dano de natureza mental ou psicológica causado à saúde e a intimidade do indivíduo pode lesá-lo de forma extrema e irremediável, de forma que nenhuma indenização de caráter pecuniário seria capaz de trazê-lo de volta a seu estado *quo ante*.

### 1.7 Onde o Direito ao Esquecimento não Incide

De acordo com o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão (2012), “ressalvamos do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo”. Observa-se que é dado aos episódios históricos uma isenção em relação ao direito ao esquecimento, por serem pertencentes a memória coletiva e constituírem patrimônio imaterial da sociedade, não podendo, nestes casos, dirimir a capacidade de busca pela verdade do coletivo, haja vista o importante valor cultural desses fatos. Há de se concluir então que o simples fato do indivíduo estar relacionado ao acontecimento histórico de interesse coletivo, mitiga o seu direito à intimidade.

Necessário se faz ressaltar que o direito de ser deixado em paz deu seus primeiros passos na seara do direito criminal, a fim de cumprir o critério da temporalidade, naquilo que faz menção aos efeitos danosos da reincidência, bem como reinserir o ex-detento na sociedade. Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu na apelação-crime Nº 70054718952, relatada pelo Desembargador Diogenes Vicente Hassan, o direito aos esquecimento como inerente a todos, vejamos:

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DA ACUSAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INVIABILIDADE. Circunstâncias do art. 59. Culpabilidade. Não há elementos nos autos capazes de justificar a exasperação relativamente à culpabilidade do acusado. Antecedentes. Decorridos mais de cinco anos entre a extinção da pena e a data do fato. Impossibilidade de utilizar condenações anteriores para negatar referida circunstância judicial. Vedação constitucional de penas de caráter perpétuo. Precedente do STJ. Direito ao esquecimento. Todas as pessoas, sem exceção, têm direito ao esquecimento em relação a fatos da sua vida passada, demeritórios, ou ilícitos. Mesmo a consideração da reincidência tem efeito limitado no tempo é possível a reabilitação.

Todavia, o Tribunal Regional Federal da 4ª região já tinha reconhecido a existência do direito de ser esquecido em uma ação ajuizada por um servidor público, cujo pedido era a retirada dos registros que cediam alguma informação sobre sua admissão e demissão, entretanto, entendeu que este direito não se aplicava ao servidor público e aos indivíduos candidatos à vida pública. Senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) 2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada etc., claramente afastando situação de vida funcional. (BRASIL, 2009)

A falta de fontes legislativas para subsidiar tais julgados nos mostra mais uma vez o quanto é suscetível o cenário de decisões conflitantes e de insegurança jurídica.

## 2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo atual que vivemos, a capacidade de propagação de informações tornou-se demasiadamente incisiva e comum, assim como a extensão perpétua de armazenamento destas informações, o que tem fomentado a eclosão de desdobramentos significativos na égide do Direito Civil.

Imperioso ressaltar que quando englobamos a esfera pública, há de se pensar que a prévia autorização será afastada, em função do interesse de pessoas relacionadas ou da própria coletividade, abrindo espaço para o direito à informação. Entretanto, quando falamos do íntimo de um indivíduo, portanto a esfera privada, a liberdade de informação abalroa os direitos da personalidade, desta feita, o primeiro deverá ser mitigado, vez que o segundo constitui a valorização do ser humano e sua superioridade. Neste sentido, o consentimento se mostra primordial para a divulgação de dados relacionados ao íntimo do indivíduo por qualquer meio, a fim de redimir os conflitos que podem advir destas situações, de uma forma preventiva e não tão desgastante e repressiva

É fato sabido por todos que o escopo normativo de uma sociedade deve acompanhar suas mudanças, a fim de ser efetivo na tutela dos mais distintos direitos. Sabe-se também que há muito o direito ao esquecimento tem inflamado o judiciário brasileiro, percebendo-se a necessidade de uma legislação específica para o tema, legislação esta que deve ser elaborada de forma ponderada, dotada de razoabilidade e proporcionalidade, resguardando os controversos direitos à privacidade e dignidade da pessoa humana, bem como o da liberdade de informação e o interesse público.

## REFERÊNCIAS

SHIH, Frank Larrúbia. O processo de globalização e a sua influência no direito interno. Revista do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IbaP, Rio de Janeiro, v. 7, p. 1, 09./out. 2017. Disponível em: <https://docslide.com.br/documents/o-processo-de-globalizacao-e-a-sua-influencia-no-direito-interno-frank.html> >. Acesso em: 20 out. 2017.

REVISTA ECOTURISMO. Entrevista com Viktor mayer Schöenberger. Disponível em: <<http://revistaecoturismo.com.br/turismo-sustentabilidade/entrevista-com-viktor-mayer-schoenberger/>>. Acesso em: 21 out. 2017.

CJF ENUNCIADOS. Enunciado 531. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CARVALHAES, Paulo Sergio. Princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito brasileiro. *Fac Mais, Goiás*, v. 5, n. 1, p. 20, jun. 2015. Disponível em: <<http://revistacientifica.facmais.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

(MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 427 Disponível em: [http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3238/Gilmar\\_Mendes\\_-\\_Curso\\_de\\_Direito\\_Constitucional.pdf](http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3238/Gilmar_Mendes_-_Curso_de_Direito_Constitucional.pdf) Acessado em: 23 de out. 2017.;

LIMPO.MAX. A liberdade e o direito à intimidade. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181214/000369546.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

ESTADÃO. União europeia aprova leis mais rígidas sobre privacidade na internet. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,uniao-europeia-aprova-leis-mais-rigidassobre-privacidade-na-internet,10000047869>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ARTIGO 17 UE REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS. Artigo 17 ue regulamento geral sobre a proteção de dados "- direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)". Disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/17.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de informação legislativa, Brasília*, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2007

CONJUR. Doca street não terá de ser indenizado pela globo, confirma tj-rj. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca\\_street\\_nao\\_indenizado\\_globo](https://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca_street_nao_indenizado_globo)>. Acesso em: 22 nov. 2017

MIGALHAS. Medida cautelar na reclamação 15.955 rio de janeiro. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140929-02.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

MORAES, Melina Ferracini de. O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil. 2016. 140 f. p. 15 Dissertação (Direito Político e Econômico) – Universidade Presbeteriana Mackenzie, São Paulo

SITE DO PLANALTO. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Breves considerações sobre o direito à privacidade. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2006-set-02/breves\\_consideracoes\\_direito\\_privacidade](https://www.conjur.com.br/2006-set-02/breves_consideracoes_direito_privacidade)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SITE DO PLANALTO. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

ALTERNATIVA MEDICINA. Conceito de saúde segundo a oms. Disponível em: <<http://www.alternativamedicina.com/medicina-tropical/conceito-saude>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. Direito ao esquecimento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontificia

Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível:  
em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/149/edicao-1/direito-ao-esquecimento>

CONJUR. Recurso especial nº 1.334.097 - rj (2012/0144910-7). Disponível em:  
<<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 25 nov.  
2017.

## CAPÍTULO 8

### ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NO TRABALHO: UMA SÍNTESE PSICO-PENAL

Thaís Cavalcanti Nóbrega<sup>68</sup>

Eva Lorranny Santos Magalhães<sup>69</sup>

Iarine Da Costa Florêncio Soares<sup>70</sup>

Luanna Nunes Lins deAlbuquerque<sup>71</sup>

Camila Yamaoka Mariz Maia<sup>72</sup>

#### INTRODUÇÃO

Existindo desde a pré-história, assédio se caracteriza, segundo a CITE – Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego -, por toda perseguição incessante e importuna, a qual gera desconforto e perturbação da paz, afetando também a dignidade e liberdade da vítima. Com o objetivo de obter favorecimentos pessoais, o superior hierárquico contraria um dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana, que é resguardada pelo Artigo 1º da Carta Magna do Brasil. Além disso, o agressor, concomitantemente, viola o Artigo 216A do Código Penal e, conjuntamente, as legislações civis e trabalhistas.

Em 1943, deu-se o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, que serviu, de acordo com o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, 2012, para unificar as leis trabalhistas já existentes e inseriu, de forma definitiva, os direitos do trabalhador na legislação brasileira; entretanto, em 2017, o número de casos ainda é alarmante, fazendo a sociedade julgar que não possui seus direitos assegurados pela legislação nacional. Desse modo, torna-se fundamental que a população em geral tome conhecimento de suas garantias individuais, para que possa exercer sua cidadania plena.

Assim, buscando esclarecer os motivos pelos quais essa prática ainda se manifesta demasiadamente presente no âmbito global, mas, principalmente, no corpo social brasileiro, o

---

<sup>68</sup> Discente do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba.

<sup>69</sup> Discente do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba.

<sup>70</sup> Discente do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba.

<sup>71</sup> Discente do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba.

<sup>72</sup> Discente do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba.

artigo tem por objetivo geral demonstrar, através de relatos, como o Direito Penal sanciona o assédio e suas resultantes psicológicas. Logo, tem por objetivos específicos: destacar as consequências psicológicas do assédio, bem como indicar e interpretar leis que apresentam suas sanções, além de conceituar, explicitar e diferenciar suas diversas facetas. Destarte, a pesquisa mostra-se relevante por empenhar-se em elucidar a percepção dos indivíduos acerca do tema, apresentando dados coletados na cidade de João Pessoa com funcionários públicos e também de empresas privadas.

## **1. CONTEXTO HISTÓRICO**

Aproximadamente entre os anos de 1760 e 1780, a Revolução Industrial eclodiu. Esse fenômeno histórico foi responsável pela transição dos fabricantes para os operários e está intimamente atrelado ao surgimento do Direito do Trabalho. Isso se dá em decorrência dos altos índices de abusos ocorridos no âmbito fabril, os quais eram caracterizados por cargas horárias exaustivas, salários incompatíveis, desigualdade salarial concernente a gêneros, dentre outros correspondentes; submetendo os trabalhadores a condições análogas à escravidão e, assim, gerando desconforto suficiente para que eles se manifestassem contra (FENAE, 2013).

Em 1977, a Noruega, pioneiramente, desenvolveu uma legislação trabalhista a qual proíbe qualquer gênero do assédio. Posteriormente, outros países, em regra europeus, seguiram o modelo norueguês; procurando elaborar leis que fiscalizassem e punissem os assédios moral e sexual. Entretanto, vale salientar, as reproduções só começaram a ser publicadas em 2002, na França que, influenciada pela obra da Dr. Marie France Hirigoyen, publicou a Lei da Modernização Social, tratando do assédio moral.

Os estudos da psiquiatra e psicanalista Marie Hirigoyen não inspiraram apenas o ordenamento jurídico Francês, suas pesquisas acerca do assédio no trabalho serviram, e servem ainda hoje, de base para diversas legislações no mundo ocidental. A sua obra representa uma grande conquista ao público feminino, o qual ganha representatividade em um meio em que as mulheres são, muitas vezes, hostilizadas e, de maneira geral, são as vítimas mais frequentes, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, 2012, de abusos físicos e psicológicos.

De acordo com Aguiar, 2005, no Brasil, o início do combate aos abusos que ocorrem no ambiente laboral não é recente, tendo surgido, mesmo que defendido por um número excessivamente restrito de pessoas, no Período Colonial, referentes aos maus-tratos

direcionados aos escravos. Segundo Lopes, 2001, mesmo que assédio seja um conceito novo, os negros já sofriam com esse modelo de violência e não encontravam amparo na justiça, visto que os cativos não eram dotados de personalidade jurídica, já que não eram considerados seres humanos. Como consequência histórica, ainda hoje, no Brasil, os afrodescendentes são as maiores vítimas, percentualmente falando, do assédio, consoante a dados do Ministério Público do Trabalho, 2017.

Apesar de já existirem indivíduos dispostos a manifestarem-se contra os abusos nos ambientes de exercício do ofício desde o Brasil Colônia, foi no governo de Getúlio Vargas que a Consolidação das Leis do Trabalho foi publicada; estabelecendo direitos pelos quais os trabalhadores já reivindicavam há anos, sendo esse motivo de grande popularidade para o presidente. Não obstante a isso, o conceito de assédio ainda não havia sido discutido e postulado; apenas no ano de 2000 que as primeiras discussões legislativas foram levantadas acerca do assédio moral e, somente em 2001, o código penal passou a tratar, no artigo 216A, a respeito do assédio sexual (LIMA, 2010).

## **2 O ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO**

No período da Revolução Industrial, que ocorreu na segunda metade do século XVIII, as mulheres começaram a atingir os mesmos objetivos que os homens, pois, com o uso das máquinas nos processos de produção, exigia-se menos força, e assim, elas podiam trabalhar nas fábricas. Porém, com o passar do tempo, surgiram as explorações da mão de obra feminina, visto que a lei não as obrigava a adotar a igualdade salarial; desse modo, o gênero feminino recebia salários mais baixos. Desde então, a prática do assédio sexual, direcionada, na maioria das vezes, às mulheres ocorre diariamente, muitas vezes, passando despercebida e não tendo compatível repercussão que tal assunto necessita (PROJETO UMARTIVISMO, 2008).

Pedidos ou imposições de favores sexuais, propostas de melhorias ou tratamento diferenciado no trabalho, em casos de aceitação sob pressão do assédio, carícias e seduções verbais, atos libidinosos; quaisquer dessas práticas sem o consentimento do outro, caracterizam a definição de assédio sexual.

No momento em que a mulher se inseriu no mercado trabalho e passou a ladear com o homem por longas jornadas, as primeiras condutas de hostilidade, de reação masculina e de imposição da superioridade do homem sobre a mulher no espaço de trabalho foram travadas por meio do assédio sexual (AZEVEDO, 2017, p.5).

É sabido que esses atos não, obrigatoriamente, tem a necessidade ser físicos, a partir do momento que assediador, intencionalmente ou não, constrange o subordinado - que pode acontecer a partir de perguntas, conversas repetidas sobre assuntos eróticos, comentários de cunho sexual, chantagem, importunação -, converge para a fundamentação e conceituação do abuso sexual no trabalho (LIPPMANN, 2004).

É uma conduta criminosa e tem sua definição legal estabelecida pela Lei n. 10.224, de 16.05.2001, explanada no Art.216-A do Código Penal, que dispõe: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (CP, art. 216-A).

## 2.1 Cenário do assédio sexual no trabalho

Na esfera trabalhista o sistema funciona a partir de uma hierarquia, podendo o assédio ocorrer, em muitos casos, entre chefe e empregado, ou chefe e cliente, onde uma proposta sexual é oferecida em troca de supostos benefícios para vítima. Geralmente, a mulher é mais submetida ao assédio sexual, visto que, a cultura brasileira fomenta relações sexistas (LIPPMANN, 2004).

De acordo com o mesmo autor, violência sucede em diversos lugares, sendo assim, é demasiadamente insólito que se encontre estabelecimentos onde não tenha ocorrido pelo menos um caso de assédio sexual. Podendo o abuso intercorrer no próprio ambiente de ofício, através de mensagens ou fotos nas redes sociais e em qualquer outro lugar, desde que o assediador se utilize do trabalho como pretexto.

Ainda segundo Lippmann, 2004, apesar de ocorrer mais assiduamente com o público feminino, não exclui a possibilidade de ocorrer assédio sexual com vítimas sendo masculinas e o assediador uma mulher, a porcentagem é bem menor, mas isso não lhes tira o direito de denunciar e lutar pelos seus direitos. Da mesma forma que é degradante para uma mulher, é também para um homem.

Mais de 52% das mulheres economicamente ativas já foram vítimas de assédio sexual no trabalho, de acordo com dados da Organização Internacional do Trabalho. Além disso, por possuírem medo do desemprego, os índices de denúncias caíram em decorrência da crise econômica brasileira; os dados apontam que, em 2017, quando comparado com os dois anos que o antecederam, os números caíram aproximadamente 50%. Outra informação significativa, é a de uma pesquisa realizada pelo Sinesp, onde 25% das mulheres afirmaram

terem sido assediadas pelo seu chefe no estado de São Paulo. Também não se pode deixar de citar que, em uma pesquisa realizada pela ONG Think Olga, 81% das mulheres mudam a rotina por medo do assédio.

## 2.2 Consequências psicológicas

As consequências que o assédio sexual pode trazer são extremamente preocupantes, vão de uma simples mudança de hábitos de forma indesejada, como de seu horário de intervalo para almoço ou lanche, ou até mesmo a uma grave depressão, que é uma doença que atinge a humanidade desde suas origens, atingindo a autoestima, também o sentimento de inferioridade, tristeza, pessimismo, combinando entre si e aparecendo com extrema frequência (SPINOZA, 2017).

Segundo Freitas, 1996, o assédio sexual é um caso que provoca tristeza, revolta e indignação. Causa revolta pela facilidade com que ocorre e deixa indignado pela impunidade que lhe cerca. Impunidade que vem seja pela indiferença, seja pelo escárnio.

Desse modo, vê-se que esse abuso causa constrangimento e humilhação para a vítima, as consequências variam de acordo com diversos fatores, os quais podem ser: tempo de duração, presença de violência e vínculo afetivo. Estão entre as inúmeras consequências psicológicas: síndrome do pânico, depressão - como já citado -, transtornos alimentícios, ansiedade, estresse pós-traumático, medo, insegurança, vergonha, culpa, uso de drogas, insônia, baixa autoestima, isolamento social, transtornos sexuais, etc.

Enquanto houver vítimas de assédio sexual, com todos os males a ele inerentes, a luta pela mudança dessa realidade deve continuar. Quanto a impunidade judicial ainda presente e a cultura escapista tão bem citada por Freitas, é de suma importância que o assédio sexual seja discutido com mais frequência e seriedade nos mais diversos ambientes, principalmente nos lugares em que haja maior vulnerabilidade de uma ocorrência, como escolas, empresas, escritórios e universidades. Desse modo, será possível que a vítima se sinta protegida por uma sociedade entendida e o réu intimidado por profissionais conscientes.

## 3. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Inicialmente, é importante elucidar que o assédio moral, seja interpessoal ou organizacional, denota violência psicológica caracterizada por condutas abusivas, intencionais e repetitivas, que irrompem num processo sistemático o qual visa intimidar, desqualificar,

hostilizar e desestruturar psicologicamente um indivíduo de forma direcionada. O assédio moral não se confunde com o assédio sexual, podendo, no entanto, aquele se manifestar como uma espécie agravada deste. Ocorre com a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho, sendo mais comum em relações de hierarquia autoritária (HIRIGOYEN, 1998).

### 3.1 Cenário do assédio moral

É importante ressaltar que, de acordo com Freitas, 2001, nem todo conflito no trabalho caracteriza assédio moral, este não é um problema meramente pontual, presume deliberada desconstrução da boa convivência nas condições de trabalho. Tais ações negativas e antiéticas – que podem ser atos ou discursos – sucedem de forma prolongada e são dirigidas à vítima de forma a desestabilizá-la no desempenho da sua função acarretando prejuízos pessoais e profissionais.

Esta impertinência pode ter início de forma velada, sutil, com atitudes tendenciosas e discriminatórias para com a vítima, podendo evoluir para atitudes ameaçadoras com relação ao emprego ou alguma possível bonificação no cargo e vexação diante dos demais funcionários. Pelo fundado temor do desemprego, medo de demais injúrias, associado ao estímulo constante à competitividade, se estabelece um “pacto de tolerância” em que o abusado acaba aceitando a violência e, de forma gradual, sofre as consequências de tal ônus. (BARRETO, 2000).

Esta gravíssima situação foi diagnosticada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os estudos apresentados por ela demonstram a seriedade do fato. Estima-se que entre 10% (dez por cento) e 15% (quinze por cento) dos suicídios na Suécia sejam decorrentes desse comportamento abusivo.

Aprofundando as análises no Brasil, verifica-se que, segundo pesquisas realizadas na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 80% (oitenta por cento) dos entrevistados sofriam dores generalizadas, 45% (quarenta e cinco por cento) apresentavam aumento de pressão arterial, mais de 60% (sessenta por cento) queixavam-se das palpitações e tremores e 40% (quarenta por cento) sofriam redução da libido (BARRETO, 2000).

Ademais, os abusados também podem desenvolver, segundo a Organização Mundial de Saúde, problemas psicopatológicos, como transtorno de ansiedade, transtorno bipolar, fobias, pesadelos; doenças psicossomáticas, como dermatites, doenças coronarianas,

hipertensão arterial, taquicardia; e mudanças comportamentais como isolamento social, agressividade, redução da autoestima e disfunções sexuais (FIOCRUZ, 2014).

Ainda pode-se citar a Síndrome de Burnout, ou síndrome do esgotamento profissional, que constitui um distúrbio psíquico provocado por condições de trabalho físicas, emocionais e psicológicas degradantes e da mesma forma das patologias supracitadas, traz grandes danos ao ser humano.

Outrossim, além dos danos causados ao trabalhador, a organização como um todo também pode ser atingida no seu funcionamento podendo apresentar queda de produtividade, aumento de incidentes por desconcentração, elevação de absenteísmo e maior índice de afastamentos, desmotivação e enfraquecimento do vínculo organizacional.

Da mesma forma também pode atingir a esfera social, alcançando a todos os envolvidos diretamente com a vítima do abuso, podendo causar prejuízos nas relações familiares e sociais, incapacitação e aposentadoria precoce de profissionais, aumento de despesas (em face dos tratamentos médicos, se necessários, e custas trabalhistas e judiciais).

Consoante a dados de 2014 da OIT, estima-se que 42% (quarenta e dois por cento) dos trabalhadores brasileiros já tenham sofrido assédio moral, sendo isto um grave problema para a saúde pública, haja vista que os funcionários apresentam danos à saúde mental e física como os aludidos anteriormente.

### 3.2 Legislação

Mesmo diante da gravidade deste fenômeno, no Brasil ainda não há nenhuma lei federal que tipifique especificamente o assédio moral. Apesar disso, o trabalhador tem seus direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente no Art. 5º, como um dos direitos fundamentais, os quais protegem a dignidade. Na esfera civil, tem seus direitos garantidos através dos Arts. 186 e 927, que dispõem sobre a responsabilidade civil quanto aos atos ilícitos praticados pelo empregador. E ainda, para ao regidos pela Consolidação das Leis de Trabalho – CLT, alguns dispositivos que possibilitam o enquadramento em processos de assédio moral, especialmente no que se refere às doenças relacionadas ao trabalho.

Contudo, para assegurar a devida proteção ao trabalhador que sofre com o assédio moral, este deveria ser tipificado no Código Penal que, por sua vez, legisla apenas sobre o assédio sexual. Desde o ano de 2001 está em tramitação no Congresso Nacional o

Projeto de Lei 4742/2001, que visa dispor sobre o crime de assédio moral no Código Penal brasileiro, contudo, 16 anos depois, o projeto ainda não foi discutido como deveria.

## **4 PESQUISA DE CAMPO**

### 4.1 Perspectiva geral da pesquisa

Com o intuito de aproximar a temática do artigo à realidade vivenciada na sociedade brasileira, foi realizada uma pesquisa de campo na área metropolitana de João Pessoa. Dessa forma, o estudo foi efetuado com dez funcionários de órgãos públicos e privados da cidade, as informações foram coletadas através de entrevistas diretas e os dados pessoais – nome, sobrenome, emprego atual - serão mantidos em sigilo para preservar a identidade e integridade das vítimas.

O questionário abrangia as seguintes indagações:

Sexo/Gênero?

Etnia?

Está em seu primeiro emprego?

Pode conceituar assédios moral e sexual?

Já sofreu com alguma das espécies de assédio? Se sim, como?

Efetudou denúncia? Se não, por quê?

Após o apurado, foi perceptível a dificuldade por parte de todos os entrevistados em conceituar o assédio, como também em diferenciar os dois arquétipos de abuso. Desse modo, foi possível constatar que os indivíduos, em sua maioria, não reconheciam que viviam em um ambiente de violência e, por consequência, não realizavam as denúncias necessárias. No momento em que obtiveram a elucidação do que seriam essas práticas no contexto laboral, grande parte dos trabalhadores associou a momentos de sua carreira e afirmou que já esteve na condição de vítima, entretanto 80% dos casos não foram levados à justiça.

### 4.2 Relatos

Abaixo estão listados alguns dos relatos obtidos com a pesquisa.

Primeiro caso

O primeiro caso coletado foi relatado por uma mulher cujo assédio sofrido foi o moral. Ela afirmou que, em seu trabalho, já foram recusados atestados médicos, sendo obrigada a fazer a perícia médica, mesmo que não sendo necessária pelo seu tempo de ausência e, após ser coagida por seu superior, a entrevistada se submeteu ao procedimento exigido, no qual constatou-se a enfermidade, contudo a sua remuneração não foi efetuada. Também foi por ela abordada a falta de coerência entre a carga horária e o salário, em que, mesmo que a jornada de trabalho se intensificasse com o transcorrer dos anos, a folha salarial permanecia imutável. Além disso, o superior hierárquico costumava se remeter aos funcionários com termos pejorativos.

#### Segundo caso

O segundo caso analisado apresentou evidências tanto do assédio moral quanto do sexual, ocorrendo em quatro situações e empregos divergentes. A vítima afirmou que, no primeiro abuso sofrido, o dirigente da empresa passou a estabelecer prazos inviáveis para efetuação de seu ofício e, quando não os cumpria, era contemplada com agressões verbais; em seu discurso, ela relatou que deixou o emprego por se sentir insegura e ineficiente.

Em um outro momento, a vítima sofreu assédio sexual, o qual perdurou por 3 anos; ela declarou que seu superior elaborava situações falsas para fazê-la ir trabalhar com ele e a pressionava para obter, a partir das circunstâncias por ele criadas, favorecimentos sexuais; culminando, muitas vezes, na tentativa de forçá-la a praticar atos libidinosos. Além disso, no seu escritório a atacava verbal e fisicamente, ratificando a perseguição. Ela relatou que foi muito doloroso e procurou ajuda psicológica para superar os traumas contraídos.

Mais uma ocasião em que foi vítima de abusos sexuais foi em seu primeiro emprego. Ela mencionou que se considerava muito ingênua para discernir as intenções do assediador, que se oferecia para acompanhá-la em seu veículo, com o pretexto de ajudá-la a realizar os ofícios que ele mesmo a tinha encarregado, e se aproveitava para efetuar carícias em seu corpo. Além do mais, o superior hierárquico costumava assediá-la também de maneira verbal.

Ainda hoje, a entrevistada sofre com assédio moral em seu atual emprego. De modo que, seus atestados médicos não são aceitos e os pontos retirados, conseqüentemente recebe seu salário abaixo do que é compatível com sua jornada laboral.

#### Terceiro caso

O terceiro relato pertence a um homem que afirmou ter sofrido assédio moral. Ele alegou que sua dirigente o perseguia devido a um problema pessoal, em que a superior contraiu uma desavença com um ente familiar do entrevistado. Desse modo, ela exigia que o

mesmo exercesse atividades que não cabiam a ele, além de desaprovar incessantemente de seu desempenho ao realiza-las. O entrevistado também narrou que trabalhava mais do que o necessário em sua função e sua remuneração não era compatível.

#### Quarto caso

A quarta entrevista foi realizada com uma vítima de assédio sexual. Ela afirmou que havia sido previamente informada de que seu superior estabeleceu um padrão físico para contratar suas funcionárias – jovens, afeiçãoadas, cabelos loiros -, com a finalidade de assediá-las. Contudo, não levou a informação em consideração, alegando que não poderia ser verídica. Ela buscava ter um contato restrito com seu superior, apenas para questões laborais, entretanto ele insistia forçar uma relação mais íntima, chegando a insinuar que os dois deveriam contrair relações sexuais. Por não corresponder, a mesma foi demitida.

#### Quinto caso

A quinta vítima foi uma mulher, que sofreu diversos assédios sexuais. Ela alega que nunca correspondeu e cedeu a nenhum deles, do contrário, procurava se impor contra. A mesma afirmou que os superiores, do sexo masculino, permanentemente insistiam em constrange-la. Ela também constatou que já sofreu abusos de suas superiores femininas, as quais constantemente teciam comentários de cunho sexual à vítima. A entrevistada afirmou que, após tanto sofrer com essa espécie de violência, adquiriu medo e insegurança.

## 5. CONCLUSÃO

Após considerar os estudos e as pesquisas realizadas, subentende-se que a sociedade desconhece os conceitos de assédio e as maneiras como ele acontece. A grande maioria do corpo social brasileiro não possui o elemento básico para iniciar o combate: conhecimento. Isso se dá porque é de interesse da burguesia manter a população em massa alienada, alheia de seus direitos como cidadãos e, principalmente, como seres humanos.

Os abusos só ocorrem devido ao entendimento que alguns indivíduos têm de que podem dominar outrem; máxima que se comprova a partir da análise de fatos históricos, em que a dominação e manipulação do povo consegue ser observada. Segundo Thomas Hobbes, é natural do ser humano subjugar o próximo, visto que a preocupação maior homem é satisfazer e suprir as suas próprias vontades e interesses.

Mesmo que os danos sejam incontavelmente maiores e mais degradantes às vítimas, as empresas também sofrem consequências negativas do assédio; então, mesmo que não seja pelo motivo mais ético e empático – o qual seria a pura e simples proteção dos direitos humanos -, as organizações precisam desenvolver o entendimento dos diversos malefícios do assédio.

Não se pode dizer que o assédio é um crime sem solução. Apesar de ser utópica a ideia de que, um dia, ele poderá ser erradicado, um pouco mais de informação já seria suficiente para acarretar em um progresso no número de denúncias e, progressiva e paulatinamente, um depauperamento nos índices, ainda estarrecedores, de ocorrências.

São inegáveis os avanços ocorridos durante os últimos 25 anos, desde que o tema passou a receber a devida atenção. À medida que as sociedades se democratizaram, os indivíduos, aliados ao maior acesso à informação, têm ficado mais conscientes de seu papel enquanto cidadãos, tornando mais difícil a convivência com práticas repressivas e autoritárias.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, André Luiz Souza. **Assédio moral**: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

BARRETO, Margarida M.S. Mal-estar no trabalho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002

BARRETO, Margarida M.S. Uma jornada de humilhações. São Paulo : Fapesp ; PUC, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA-EXECUTIVA. SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS. Assédio: violência e sofrimento no ambiente de trabalho: assédio moral. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

CORTES. A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras. 2012. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras](http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras)> Acesso em: 20 nov. 2017

FENAE. O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. 2013. Disponível em: <<http://www.fenae.org.br/portal/pi/informacoes/artigos/o-assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho.htm>> Acesso em: 20 nov. 2017

FIOCRUZ. ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NO TRABALHO. Disponível em: <[http://www.asfoc.fiocruz.br/portal/sites/default/files/2cartilha\\_assedio\\_moral\\_e\\_sexual.pdf](http://www.asfoc.fiocruz.br/portal/sites/default/files/2cartilha_assedio_moral_e_sexual.pdf)> . Acesso em: 21 nov. 2017

FREITAS, Maria Ester de. Assédio Sexual: a Proposta Perversa. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 36, n. 3, jul-set, p.4-9, 1996.

FREITAS, Maria Ester de. ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL: faces do poder perverso nas organizações. *RAE - Revista de Administração de*

HIRIGOYEN, Marie France F. *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*. Paris :Syros, 1998

[https://sites.google.com/site/rotadosfeminismos/home\\_pt/diario-de-bordo/olhar-historico](https://sites.google.com/site/rotadosfeminismos/home_pt/diario-de-bordo/olhar-historico)  
>Acesso em: 28 nov 2017

LIMA, Amanda Maria Prado. *Panorama histórico do assédio moral no Brasil e no mundo*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 06 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29207&seo=1>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

LOPES, Adriano Almeida. *Assédio Sexual nas Relações do Trabalho*. Editora Consulex. Brasília - DF, 2001.

BARRETO, M. *Uma jornada de humilhações*. São Paulo : Fapesp ; PUC, 2000.

PL 4742/2001. Disponível em

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>

Projeto de reforma do Código Penal, assédio moral. Disponível em:  
< <http://www.assediomoral.org//spip.php?article81>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Rota dos Feminismos contra o Assédio Sexual. Disponível em: <TRT DA 24ª REGIÃO.  
História: A criação da CLT. 2012. Disponível em: <<https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt>> Acesso em: 20 nov. 2017

SPINOZA, Ricardo. DEPRESSÃO: O QUE É? Disponível em:  
<<http://www.saudementalrs.com.br/depressao/>> Acesso em: 28 nov 2017

Direitos e deveres dos trabalhadores e das trabalhadoras. Disponível em:  
<<http://cite.gov.pt/pt/acite/dirdevtrab005.html>> Acesso em: 20 nov. 2017

## CAPÍTULO 9

### A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM FOCO NO DIVÓRCIO

Mykaely Vytory Nogueira Rodrigues<sup>73</sup>

Felipe Soares da Silva<sup>74</sup>

Edson Fernandes da Silva<sup>75</sup>

Flávio Matos de Figueiredo Junior<sup>76</sup>

José Carlos de Lima.<sup>77</sup>

#### INTRODUÇÃO

O direito brasileiro assegurou às empresas a personalidade jurídica, adquirida no registro como seu nascimento nos moldes civis, tornando-as seres de direitos e deveres, sendo seus direitos e princípios protegidos e resguardados para garantir melhor segurança para os sócios e/ou empresários que se arriscam nessa profissão.

Ou seja, os bens da empresa não se confundem com os dos sócios, pois estes possuem personalidades distintas que os protegem de dívidas oriundas da sociedade.

Como dita Requião:

“A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade.” (REQUIÃO, 1998, p. 345)

O princípio mais salientado é o da autonomia patrimonial, exposto no art. 1.052 do Código Civil, in verbis:

*“Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”*

Destarte, a proteção patrimonial assegurada às empresas não é absoluta. Nosso ordenamento jurídico previu que haverá a desconsideração da personalidade empresarial quando preenchido os requisitos legais: fraude, abuso de direito e confusão patrimonial

---

<sup>73</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>74</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>75</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>76</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>77</sup> Professor de Direito Empresarial do IESP-FACULDADES

comprovadas entre os bens da empresa com os dos sócios, tendo o interesse de ludibriar seus credores. Esses elementos são cabíveis apenas na Teoria Maior, pois, nessa teoria, a comprovação dos elementos são essenciais para dar prosseguimento à desconsideração da pessoa jurídica, não podendo ser instaurado de ofício pelo juiz. Todavia, para assegurar os direitos do consumidor, do meio ambiente e do trabalhador, fundou-se a Teoria Menor, que é caracterizada apenas pela inadimplência da empresa. O doutrinador busca somente conhecer se a dívida foi de fato quitada ou não para que haja a sua aplicação.

Com a atual mudança na CLT em 2017, mais especificamente em seu art. 855-A, a teoria a ser usada em ações trabalhistas passa a ser a Maior, devendo, a partir de então, ser comprovados os elementos legais dispostos no art. 50 CC para a sua devida aplicação. Sabemos que tais elementos são difíceis de ser comprovados, tornando as ações trabalhista mais vulneráveis às astúcias empresariais, pois nessa relação existe a hipossuficiência entre o empregado e o empregador que, outrora, o direito tinha como foco igualar a relação, assim como nas relações de consumo; por isso, a teoria menor era aplicada tão somente nas duas hipóteses, passando a ser aplicada nas ações de consumidor, na legislação ambiental e na lei de combustíveis Lei 9.847/99, art.18 §3º.

O instituto que estudaremos adiante é bastante amplo e ainda é causador de vários debates. Apesar de antigo, não é pacífico o seu entendimento entre os doutrinadores e as leis. Requerendo muitos estudos para a sua devida aplicação ao caso concreto, a DPJ, que antes foi fundada para proteger os direitos dos consumidores e positivada no art. 28, § 5º do CDC, hoje também pode ocorrer em ações de divórcio, dentre outras ações.

O presente artigo tem como finalidade a análise da desconsideração da personalidade jurídica como também a sua modalidade inversa e as suas aplicações nos casos de divórcio, com base na decisão do STJ.

## **1. O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Fazendo uma análise histórica, pela maioria dos doutrinadores, a desconsideração da personalidade jurídica teve seu ponto inicial num julgamento na Inglaterra em 1897 no caso de Salomon x Salomon CO.

Neste caso, sete integrantes de uma família se juntaram para a formação de uma sociedade. Porém, Aaron Salomon cedeu seu fundo de comércio à sociedade e obteve 20 mil ações, enquanto os demais receberam 1 ação cada. Com a insolvência da empresa, os credores

alegaram se caberia ao patrimônio Aaron a responsabilidade sobre os débitos da sociedade, pois este era o responsável pela empresa, já que o mesmo obtinha a maior parte das ações.

O caso foi julgado pelo juiz de primeira instância e, posteriormente, pela segunda instância com algumas alterações, porém seguindo o mesmo entendimento, acatando as alegações dos credores, pois Aaron, por ter cedido seu fundo de comércio, era o real proprietário da empresa.

Sucessivamente, o instituto passou por diversas alterações e se expandiu consideravelmente, chegando ao Brasil através do professor Rubens Requião em 1969 e, logo após, foi positivado no Código de Defesa do Consumidor e recepcionada pelo Código Civil de 2002.

Após o breve relato do caso acima, entende-se que a desconsideração da personalidade jurídica, em regra, é um mecanismo usado para combater a fraude ou confusão patrimonial comprovadas, feita pela sociedade, com a finalidade de ludibriar os credores, ocorrendo a invasão no patrimônio dos sócios para satisfazer o débito existente.

Vale ressaltar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não extingue a pessoa jurídica, apenas a afasta com o propósito de alcançar as pessoas naturais que constituem a mesma. Ou seja, no caso concreto, o juiz determinará que o princípio da patrimonialidade, que protege e separa a pessoa física da pessoa jurídica e resguarda seus bens, seja desconsiderado se a empresa utilizar de forma indevida e ilegal esse princípio.

Como já mencionado, a Teoria Maior será utilizada apenas se comprovada a confusão patrimonial, o abuso de direito ou a fraude. Isso ocorre para que haja segurança com a pessoa jurídica e seus princípios, como também seus direitos e que os mesmos não sejam afetados de forma vazia e sem conteúdo. Esse instituto deve ser usado de maneira excepcional, já que a regra é a autonomia patrimonial e a separação da personalidade jurídica e natural.

Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho, este relata a utilização da Desconsideração da Personalidade Jurídica: “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou de abuso de direito”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem confusão patrimonial como:

“confusão entre o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Essa situação decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral. Neste caso, o sócio responde com seu patrimônio para evitar prejuízos aos credores, ressalvada a impenhorabilidade do bem de família e os limites do patrimônio da família.”

Por fim, como exposto no art. 50 do Código Civil, onde está positivado a teoria em nosso ordenamento jurídico, *in verbis*:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

## **2. MODALIDADE INVERSA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A modalidade inversa da teoria em estudo pela primeira vez é positivada e expressa em lei com o Código de Processo Civil de 2015 – até então, o instituto era conhecido através de doutrina ou jurisprudência. Mesmo sendo bastante conhecida e já utilizada em diversos casos, a modalidade inversa veio ser prevista em 2015, na instauração do Novo CPC, como exposto abaixo:

“ Art. 133 o incidente da desconconsideração da personalidade jurídico será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica. ”

A teoria inversa é utilizada quando o sócio, para enganar seus credores, utiliza-se da fraude ou confusão patrimonial com a pessoa jurídica a qual pertence. Nesse caso, ocorrerá a invasão aos bens da sociedade, sendo esta responsável pela quitação das dívidas contraídas pelo sócio.

As hipóteses de aplicação e os meios de tramitação são como na modalidade direta da desconconsideração em sua teoria maior, apenas sendo alterado o polo passivo da ação. Ou seja, é apenas um desmembramento da teoria da desconconsideração.

Assim como define Fábio Ulhôa Coelho: “ Desconconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio. “

Esse instituto ganha cada vez mais espaço na esfera jurídica em ações de direito de família, seja em ações de alimentos como também em dissolução da união conjugal com comunhão total ou parcial de bens.

O cônjuge que pertence a uma entidade social, com a finalidade de não quitar a parte que cabe ao outro cônjuge, fraudar ou confunde seus bens com os bens da pessoa jurídica.

Destacando as palavras de Fábio Ulhôa Coelho:

“Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome de pessoa jurídica sob seu controle, eles não integram, sob o ponto de vista

formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor.

Portanto, tal instituto possui o escopo de resguardar os credores, qual seja sua natureza, do uso ilegal dos princípios inerentes à pessoa jurídica que age com má-fé de não sanar suas obrigações.

### **3. JULGAMENTO DA AÇÃO DE DIVÓRCIO REsp 1522142 / PR**

Em diversos casos concretos já julgados pelos tribunais acerca dessa modalidade, em junho de 2017, o STJ se posicionou e julgou um recurso especial em que desconsiderou a personalidade de uma sociedade para alcançar seu patrimônio e quitar a obrigação de pagar a parte que cabia à ex-companheira na ação de divórcio.

Na ação o cônjuge, que constituía uma sociedade com sua irmã, a beneficiou com a transferência de suas cotas sociais de forma fraudulenta momentos antes da tramitação da ação de divórcio, caracterizando sua intenção de ludibriar sua ex-companheira, cujo regime de casamento era o da comunhão de bens.

Portanto, a ex-companheira, na ação de divórcio, requereu que fosse determinada a desconsideração da pessoa jurídica em que fazia parte seu ex-marido – fazendo, então, parte do litisconsórcio passivo a irmã, sua ex-cunhada.

A sócia majoritária – que, após a transferência das cotas fraudulentas, passou a tal patamar – alegou sua ilegitimidade passiva, já que se tratava de uma ação de divórcio. Porém, com o desenrolar de diversos recursos interpostos, a ação foi para o STJ, que julgou a ação procedente em desfavor dos requeridos.

Abaixo a ementa do julgamento:

“RECURSO ESPECIAL. 1. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. 2. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. PERTINÊNCIA SUBJETIVA ENTRE O SUJEITO E A CAUSA. TITULARIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA DE

DIREITO MATERIAL. 3. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. EVIDÊNCIAS DA INTENÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES DE SUBTRAIR DO OUTRO DIREITOS ORIUNDOS DA SOCIEDADE AFETIVA. 4. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO. 5. SÓCIA BENEFICIADA POR SUPOSTA TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE COTAS SOCIAIS POR UM DOS CÔNJUGES. LEGITIMIDADE PASSIVA DAQUELA SÓCIA PARA A AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS, NO BOJO DA QUAL SE REQUEREU A DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO EFETIVADO ENTRE OS SÓCIOS. EXISTÊNCIA DE PERTINÊNCIA SUBJETIVA. 6. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. “

A ministra Nancy Andrighi, relatora em um caso analisado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que reconheceu a possibilidade de desconsideração inversa da pessoa jurídica, em ação de dissolução de união estável se expressa dessa forma, vejamos:

“A desconsideração da personalidade jurídica, compatibilizando-se com a vedação ao abuso de direito, é orientada para reprimir o uso indevido da personalidade jurídica da empresa pelo cônjuge (ou companheiro) sócio que, com propósitos fraudatórios, vale-se da máscara societária para o fim de burlar direitos de seu par”.

Esse caso concreto mostra que o instituto, desde que devidamente comprovado seus pressupostos e elementos, é de fato utilizado, trazendo mais segurança aos credores e mais rigidez à aplicação da lei às pessoas jurídicas que se aproveitam da separação patrimonial para fraudar suas obrigações.

#### **4. CONCLUSÃO**

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica veio para assegurar os credores que terá sua satisfação pelo adimplemento da obrigação e em contrapartida, forçar a responsabilização da pessoa jurídica para sanar as dívidas ou atos praticados pelos sócios, utilizando-se da quebra do princípio da autonomia patrimonial, salientando que esta é uma medida excepcional.

Não sendo uma teoria moderna, como vimos desde o caso de Salomon vs. Salomon Co em 1897, a teoria foi implantada no ordenamento jurídico, possuindo ao longo dos anos algumas alterações e conquistando a efetivação expressa na lei, deixando de estar apenas regulamentada por jurisprudência e doutrinas, tendo como fulcro no princípio da separação econômica entre os sócios e a sociedade e amparar os credores prejudicados.

Não obstante, é uma teoria que a cada instante ganha espaço no ordenamento jurídico e nas demandas de ações, este instituto tende a se expandir e ganhar ainda mais foco no mundo jurídico, pois, no Brasil, a desconsideração, por ter sido instaurada e positivada há poucos anos, ainda não possui o centro dos holofotes jurídicos – mas que sempre conquista um espaço, como foi mencionado a sua instauração inversa no CPC de 2015, que até então não havia sido expressa em lei.

Vale lembrar mais uma vez que tal teoria deve ser usada de forma excepcional, sendo regra geral a separação patrimonial e a não confusão entre as personalidades dos sócios/físicas com a personalidade societária/jurídica, sendo apenas uma barreira ao absolutismo do princípio da patrimonialidade.

Como exposto, a desconsideração, em sua teoria maior, necessita-se da comprovação da fraude, confusão patrimonial e abuso de direito com a finalidade de enganar seus credores. Ocorre ainda a teoria menor, que, até a mudança na CLT em 2017, era usada nas ações de consumo, nas leis ambientais, de combustíveis e nas ações trabalhistas. Tal teoria, que oferecera uma grande segurança para a parte hipossuficiente, hoje, com a sua alteração no art 855-A da CLT, deixa as ações trabalhistas fragilizadas. Aplicar-se-á, portanto, a teoria maior – o empregado, para receber seus devidos direitos, deverá comprovar, quando a empresa não possuir patrimônio suficiente, os elementos expressos no art. 50 CC para que ocorra a desconsideração da pessoa jurídica e adentre no patrimônio dos sócios com a finalidade de satisfazer a ação.

Nas ações de divórcio, como exposto, poderá ser utilizada essa teoria desde que preenchido os seus elementos, para obrigar ao ex-cônjuge que participa de uma sociedade a satisfazer a parte que cabe ao outro ex-cônjuge. Portanto, a jurisprudência busca assegurar aos cônjuges os seus devidos direitos quando ocorrer a sua dissolução, observando o seu regime de bens.

Por fim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito de família é utilizada para proteger os direitos oriundos da união conjugal, que contraem direitos e obrigações, assim como os cônjuges têm o direito de receber os valores devidos, as dívidas contraídas no casamento também serão partilhadas.

## REFERÊNCIAS

[www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13662](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13662)

[www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=640](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=640)

[www.abdpc.org.br/artigos/artigo30.htm](http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo30.htm)

<https://fcrufino.jusbrasil.com.br/artigos/159042901/desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-de-familia>

[www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n1\\_2013/pdf/HaynaBittencourt.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/HaynaBittencourt.pdf)

[jus.com.br/artigos/3104/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica](http://jus.com.br/artigos/3104/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica)

[dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/185224887/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-inversa-e-o-novo-cpc](http://dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/185224887/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-inversa-e-o-novo-cpc)

[jus.com.br/artigos/41652/desconsideracao-inversa-da-personalidade-juridica](http://jus.com.br/artigos/41652/desconsideracao-inversa-da-personalidade-juridica)  
[marcelafaraco.jusbrasil.com.br/publicacoes](http://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/publicacoes)

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 8. Direito de Empresa. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume I, parte geral. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado, 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: 2008, p. 249

## CAPÍTULO 10

### O DIREITO ELETRÔNICO E A PRIVACIDADE DA PESSOA HUMANA

Klécio Rodrigo Mendonça de Lima<sup>78</sup>

Krislaine Kethlen da Silva Oliveira<sup>79</sup>

Mariana Tavares de Melo<sup>80</sup>

#### INTRODUÇÃO

Foi inevitável os reflexos causados pela era digital. São inúmeros os desafios criados por essa era que, por sinal, não tem como retroceder. Os valores e o cotidiano da sociedade estão sofrendo mutações à todo tempo. Esse mundo contemporâneo atingiu todas as esferas da sociedade e por isso, cada indivíduo está sendo forçado à receber os efeitos gerados pela tecnologia em sua vida. A autora Pinheiro (2007) ainda acrescenta: "o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa".

É inquestionável os benefícios trazidos pela internet. São milhares de informações acessadas em questão de segundos, uma facilidade enorme para se fazer uma pesquisa, realizar uma compra, um pagamento, conversar com alguém, fazer novas amizades, estudar, entre outros benefícios. Entretanto, como toda moeda, a internet tem também seu outro lado.

“Terra sem lei” é a denominação da internet que muitos dos seus usuários a chamam. Esse termo demonstra que muitos utilizam a internet para cometer atos ilícitos tendo em mente que esse ambiente é livre de qualquer fiscalização e penalidade. Uma das grandes atividades ilícitas praticadas nesse ambiente virtual é a violação da privacidade humana, que fere diretamente um preceito fundamental de todo ser humano e que tem efeitos drásticos e até irreparáveis às vítimas desse ato ilegal.

---

<sup>78</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>79</sup> Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>80</sup> Coordenadora Adjunta do curso de Direito e professora de Direito Civil do IESP-FACULDADES

A ausência de dispositivos e a falta de tecnologia capaz de combater as transgressões da privacidade obstaculizam a prevenção e a punição desses atos ilícitos, como ressaltado por LEONARDI (2012).

O surgimento do Direito Eletrônico ocorreu com a invasão dessa tecnologia na sociedade. Por esse fato recente sem freios e sem volta, e pela imprevisão dos efeitos de tal invasão, existe uma enorme falta de conhecimento sobre esse Direito Eletrônico e sobre o que ele trata.

O presente artigo tem como objetivo abordar os pontos atinentes ao Direito Eletrônico e a Privacidade da Pessoa Humana, tais como o emprego do Direito Eletrônico na violação da privacidade da Pessoa Humana, bem como os danos e os efeitos causados por tal violação.

## **1 METODOLOGIA**

A pesquisa, com referência em seus objetivos, é classificada como exploratória, pois o intuito desse tipo de trabalho é trazer maior conhecimento sobre um assunto ainda pouco explorado.

De acordo com os procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa classifica-se como bibliográfica (GIL, 2008), pois realizou-se a revisão da literatura sobre o Direito Eletrônico e Privacidade da Dignidade Humana, em livros, artigos, material da Internet, etc. Logo, a pesquisa bibliográfica é elaborada através de materiais já existentes, composta em geral de livros e artigos científicos. Compactuando com o mesmo pensamento de Gil, Rauen (2002) afirma que: “a pesquisa bibliográfica opera com o acervo bibliográfico da humanidade.

Realizou-se o levantamento de dados para a revisão sistemática através da base eletrônica Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Revista Direito GV, Revista Direitos Fundamentais & Democracia – UNIBRASIL, principalmente, utilizando-se como descritores: “direito eletrônico”, “privacidade”, “dignidade”, “violação”, “pessoa humana” de forma combinada. Encontrou-se vários artigos relacionados as palavras chave, entretanto não especificamente sobre o tema. Logo, foram usados como referência principalmente os autores Oliveira, Almeida Filho, Bomediano & Amaral, Paiva e Silva e Leonardi.

Vale ainda salientar a limitação de conteúdos sobre esse tema, necessitando assim, uma exploração mais acentuada para evoluir essa temática que já faz parte do cotidiano da sociedade.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A fundamentação teórica será embasada pela legislação e pelos autores citados nas referências e, foi dividida em três seções:

### 2.1 O Direito Eletrônico

A urgência em determinar direcionamentos que trazem segurança jurídica para os acontecimentos no espaço eletrônico, onde esse ambiente é bem peculiar, tornou-se clara a necessidade de um estudo específico para essa problemática e que só assim, haveria a possibilidade efetiva de sanar as variáveis advindas do âmbito virtual.

Nesse contexto, Silva (2009) diz que é observado de maneira nítida a carência e o surgimento de um ramo, qual seja, o Direito Eletrônico, que por sinal, já vem sendo empregado nas leis, embora que de maneira contemporânea, e surge com enfoque na demanda pela tutela jurisdicional por meio de instrumentos eletrônicos com o objetivo de trazer segurança e agilidade e conforto.

Paiva (2002) afirma que: “Direito Eletrônico é o ramo autônomo atípico da ciência jurídica que congrega as mais variadas 5 normas e instituições jurídicas que almejam regulamentar as relações jurídicas estabelecidas no ambiente virtual”. Corroborando com esse mesmo pensamento, Pereira (2014) entende que o Direito Eletrônico é um retorno jurídico à conduta da sociedade, tal sociedade qualificada como da informação. No caso, os vínculos entre as pessoas foram virtualizados e, por conta disso, as lides cresceram em larga escala.

O autor Almeida Filho (2005) conceitua Direito Eletrônico como sendo:

“O conjunto de normas e conceitos doutrinários destinados ao estudo e normatização de toda e qualquer relação em que a informática seja o fator primário, gerando direitos e deveres secundários. É ainda, o estudo abrangente, com o auxílio de todas as normas codificadas de direito, a regular as relações dos mais diversos meios de comunicação, dentre eles os próprios da informática.”

Ainda de acordo com o autor Almeida Filho (2005), entende-se por Direito Eletrônico o conjunto de normas e conceitos da doutrina direcionados às instruções e regulamentação de tudo o que tiver a informática como fator primário, causando direitos e deveres secundários.

Nota-se com nitidez que se forma de maneira inescusável um ramo do Direito que irá tratar sobre todo assunto de conteúdo referente ao âmbito virtual, em espécie global, e de

modo peculiar sobre a informática, sendo válido salientar que o presente estudo concentra-se e delimita-se as atenções para o Direito Eletrônico e a violação da dignidade da pessoa humana, não cabendo entrar em minúcias sobre esse novo ramo do Direito.

## 2.2 A Privacidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 legitima inúmeros direitos e garantias fundamentais que são revestidos na maior segurança, tendo como escudos a sua inviolabilidade, dentre os quais encontra-se à privacidade, onde de acordo com a sociedade contemporânea, verifica-se um crescimento avassalador de sua violação.

Bomediano e Amaral (2007) declaram que: “O termo privacidade abrange a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que gozavam de proteção em nosso ordenamento jurídico como direitos da personalidade, de natureza essencialmente privada, e que com a CF de 1988, foram elevados ao nível de Direitos Fundamentais.”

De uma maneira simples e clara, a privacidade é a escolha do próprio ser humano em autorizar que o que se passa em sua vida se torne de conhecimento público. Pode-se também dizer que a privacidade é direito individual relativo à liberdade e que possui essência jurídica de direito fundamental de defesa. Mendes (2008) acrescenta: “Entende-se ser mais adequado utilizar-se a expressão ‘privacidade’ o que traduz a existência de um único direito para abranger todos os casos que se trata da proteção do indivíduo em sua esfera privada.”

Pormenorizando o termo privacidade, segundo Bomediano & Amaral (2007), a intimidade é o ambiente impenetrável do indivíduo e que só pertence a ele mesmo, a vida privada é um espaço particular, entretanto, cabe a possibilidade de compartilhá-la com outra pessoa. A honra é algo intrínseco do ser humano, é um atributo moral que surge com o nascimento com vida e o direito à imagem refere-se à visão da personalidade física ou moral do indivíduo em ambiente externo.

No atual contexto do mundo, existe um grande conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade, onde tem-se uma vertente sedenta de informação e outra vertente que é a violação e, por consequência, agressão destes direitos.

No que se refere a inviolabilidade, tem-se a seguinte afirmação:

“O art. 5º, da Constituição Federal, de 1988, explicita três modalidades de inviolabilidade que merecem menção: a intimidade individual (inciso X), a da casa como asilo

individual (inciso XI) e da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas (inciso XII)” (OLIVEIRA 2005).

Em outras palavras, é possível constatar que a violação da intimidade, no ordenamento jurídico, compreende a individual, a do lar e das intercomunicações. Além disso, de maneira minuciosa, pode-se afirmar que alguns aspectos básicos são colocados a salvo do direito de informação, como a vida amorosa, sexual, familiar e religiosa e ainda, a saúde física e mental.

O autor Oliveira (2005) afirma que: “Qualquer violação da privacidade importa, em última análise, em desrespeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, esta protegida por princípio constitucional constante do art. 1º inciso III da Carta Magna.”

Qualquer indivíduo tem o direito de ser mantido em paz no seu recanto, perante os outros, incluindo o Estado, onde a violação desse direito possui teor gravíssimo, visto que tal fato fere diretamente à Constituição Federal. Resguardar o ambiente privado é essencial para a evolução da personalidade da pessoa humana.

É válido salientar quem conforme Mendes (2008), o direito à privacidade possui limites, com base em outros direitos individuais e coletivos, essenciais para o convívio em sociedade, não se tornando absoluto não constitui um direito absoluto. Logo, faz-se necessário uma análise do caso concreto para averiguar se esse direito foi ou não violado, visto que existem outros princípios e direito como liberdade de imprensa, autonomia pública, direito à informação, entre outros.

### 2.3 A violação à privacidade da Pessoa Humana

Os reflexos da exposição da pessoa humana no ambiente virtual, que com o advento da internet, tornou-se algo cada vez mais rotineiro, obriga a revisão do direito constitucional à privacidade.

De acordo com Leonardi (2012), a violação é exponencialmente facilitada pelos mesmos atributos que transformam o ambiente cibernético atrativo, a rapidez na propagação de informações em tempo real, sem limitações geográficas aparente.

Conforme a autora Souza (2008):

“Os problemas da privacidade envolvem violações a algumas práticas e tais podem ser entendidas como uma série de atividades, costumes, normas e tradições, tais como o ato de escrever cartas, de conversar com o psicoterapeuta, tomar algumas decisões e outras mais, observando que a privacidade consiste na dimensão dessas práticas, devendo ser entendida como parte delas e não como um conceito abstrato e separado, que vai ajudar na solução de determinados problemas.”

O problema em se encontrar, de maneira exata, o início da veiculação de uma determinada informação ou imagem, e também por sua instantânea propagação no mundo, fazem com que muitos atos ilícitos contra o direito à privacidade permanecem impunes, já que os fatos podem ser disseminados a partir de países que, por não conter leis para essa temática, não irão punir o fato, dando um caráter de impunidade ao ato ilícito.

Além disso, verifica-se a ausência de dispositivos que regem peculiarmente sobre a temática, trazendo uma sensação de anonimato e impunidade aos usuários que utilizam a Internet para invadir de propósito a privacidade de outrem. Contudo, a autora Pfizer (2016) afirma: “O usuário da rede que nela opera para a prática de determinadas condutas e a realiza sob o véu do anonimato, o faz de forma relativa uma vez que o seu sigilo de dados e a sua privacidade estão vulneráveis acaso infrinja direito alheio com vistas a repercutir na esfera penal e na pretensão de reparação de danos.”

Ainda segundo a autora, o grau do dano cometido contra a imagem profissional ou de um profissional liberal, por exemplo, é preocupante, pois o fato pode se disseminar na internet, tornando o desgaste maior que propriamente o erro.

O Brasil é um dos países que ainda está evoluindo em termos de trazer mecanismos para barrar esses atos ilícitos. A Lei 12.965/14, Lei do Marco Civil da Internet, não é o bastante para frear essas condutas, pois conforme Filho (2016), o Marco Civil da Internet é a primeira lei do mundo a disciplinar os direitos e deveres dos usuários da rede, entretanto trouxe poucas novidades ao ordenamento jurídico.

No que se refere ainda às leis sobre essa problemática, tem-se a Lei 12.737/2012, denominada também de Carolina Dieckmann, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Essa lei trouxe à sociedade moderna uma maior segurança e amparo, pois a demanda pelo sigilo das informações, dos dados e das imagens no ambiente virtual só aumenta.

O autor Silveira (2015) relata que: “A edição da Lei n. 12.737/2012 constituiu um importante avanço, ao tipificar expressamente o crime de “invadir dispositivo informático”, criando um tipo penal que visou eminentemente proteger o sigilo de dado e informação pessoal ou profissional.”

É válido salientar que a gravidade da transgressão ao direito à privacidade não está ligada necessariamente ao nível de intimidade ou sigiloso de certa informação, mas sim à sua potencialidade discriminatória, afinal, o seu descumprimento pode gerar danos psicológicos e físicos irremediáveis.

Por fim, chega-se ao entendimento que a legislação supramencionada demonstrou um crescimento em nosso ordenamento jurídico, à medida em que verifica-se uma inquietude social com a segurança e proteção do direito ao sigilo dos dados e informações no ambiente virtual, entretanto, faz-se necessário lembrar que o ordenamento jurídico ainda precisa ser aperfeiçoado, principalmente em termos de compreensibilidade e da aplicabilidade de seus dispositivos.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violação do ambiente íntimo, privado e da personalidade do ser humano teve seu direito afirmado com a extensão do entendimento do art. 5º, inciso X, onde relata que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, certificando o direito à indenização pelos danos causados por esse ato. Entretanto, a doutrina e o STF afirmam que faz-se necessário um estudo do caso concreto para verificar se não há divergências dos direitos à privacidade.

Atualmente, mesmo com a criação da Lei 12.737/2012, chamada também de Carolina Dieckmann e com a utilização de outros mecanismos para coibir as violações à privacidade da Pessoa Humana, ainda é mínimo para enfrentar as demandas da sociedade e da adaptação do Direito.

Os danos sofridos pela violação à privacidade da Pessoa Humana são muito mais sérios do que se imagina, e o pagamento de indenizações, na maioria das vezes, não é suficiente para o reestabelecimento da dignidade de uma pessoa.

É inquestionável a necessidade de estudar e aprofundar ainda mais essa temática que encontra-se em processo de evolução com o objetivo de sanar os problemas ocasionados na esfera virtual, afinal, a luta é para que os avanços tecnológicos venham para trazer melhorias nas condições de vida do ser humano, não para ocasionarem transtornos à sociedade. Preparar-se para esse novo conflito pode não esquivar a conduta, mas pode trazer garantias em situações de contingência.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Direito Eletrônico ou Direito da Informática? *Informática Pública*, v. 7, n. 2, Belo Horizonte: 2005. Disponível em: <[www.ip.pbh.gov.br/ANO7\\_N2\\_PDF/IP7N2\\_almeida.pdf](http://www.ip.pbh.gov.br/ANO7_N2_PDF/IP7N2_almeida.pdf)> Acesso em: 01. nov. 2017.

BOMEDIANO, Ana Cláudia Boigues; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A violação e a proteção à privacidade nos dias atuais. *Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente*, v. 3, n. 3, São Paulo, 2007.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29. out. 2017.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. Elaborado em: 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v30n86/0103-4014-ea-30-86-00269.pdf>>. Acesso em: 03. out. 2017.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Laura Schertel. Transparência e privacidade: Violação e Proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. Dissertação (Dissertação em Direito) – UNB. Brasília, p. 23. 2008.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da Pessoa Humana no ambiente de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, São Paulo: 2005.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Primeiras linhas em direito eletrônico. Elaborado em 11/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3575>>. Acesso em: 29. out. 2017.

PEREIRA, João Carlos Henrique. Direito Eletrônico. Elaborado em: 02/2014. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=12873](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12873)>. Acesso em: 10. nov. 2017.

PFIZER, Erga. Estudos, legislação e informações sobre a Privacidade na era digital. Elaborado em: 2016. Disponível em: <<https://ergapfizer.jusbrasil.com.br/artigos/404937864/estudos-legislacao-e-informacoes-sobre-a-privacidade-na-era-digital>>. Acesso em: 01. nov. 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck, *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAUEN, Fábio José. Roteiros de investigação científica. Tubarão, SC: Unisul, 2002.

SILVA, Rondineli Reis de Melo. O Direito Eletrônico e o advento da Lei 11.419/2006: Um E-Processo a serviço ou não da Justiça Brasileira? Revista Digital FAPAM, v.1, n.1, Pará de Minas, out. 2009.

SILVEIRA, Arthur Barbosa da. Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012. Elaborado em: 01/2015. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-crimes-ciberneticos-e-a-lei-no-127372012,52253.html>>. Acesso em: 30. set. 2017.

SOUZA, Marcele Machado de. A consolidação de uma sociedade de controle sobre o direito fundamental à privacidade e sobre as formas de interação espontânea e participação democrática nos espaços públicos e privados. Dissertação (Dissertação em Direito) – PUC. Rio de Janeiro, p. 69. 2008.

## CAPÍTULO 11

### O ESTADO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Genesis da Silva Honorato<sup>81</sup>

Pedro Cunha Lima<sup>82</sup>

#### INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se, através de uma análise da doutrina constitucional, a apresentar os pontos de conexão que são fortemente percebidos entre a ideologia social e o constitucionalismo social e a nossa atual constituição republicana.

Obviamente não se pretende esgotar o tema, mas objetiva-se a mostrar como foi construído o constitucionalismo social brasileiro e de onde este descende. A história constitucional e a luta pelas conquistas de direitos fundamentais nos trazem à nossa carta magna atual que consagra um rol extremamente extenso de direitos essenciais e seus devidos meios de proteção.

Para compreender a relação entre o Estado Social e a carta política de outubro, faremos de início uma contextualização histórica de modo a ressaltar os conceitos mais importantes e os pontos de divergência entre a ideologia social e a liberal. Mais ainda, nos debruçaremos sobre um fato histórico de grande relevância para a mudança das ideologias dominantes.

A proposta é fazer, num primeiro momento, uma análise externa ao nosso constitucionalismo analisando constituições estrangeiras que tiveram um papel fundamental na consolidação do Estado Social e que influenciaram o constitucionalismo social brasileiro. Além disso, busca-se apresentar a Constituição de 1988 como sendo a síntese de um processo dialético do constitucionalismo brasileiro que mescla princípios liberais com socialistas (sentido amplo).

Por fim, se fará no presente artigo um levantamento das influências práticas da ideologia social no corpo de nosso diploma constitucional.

---

<sup>81</sup>Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES

<sup>82</sup> Ex professor de Direito Constitucional do IESP-FACULDADES. Deputado Federal pela representação do Estado da Paraíba.

## 1. O SURGIMENTO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: DO LIBERALISMO AO WELFARE STATE.

As doutrinas liberais tiveram seu desenvolvimento no contexto iluminista do século XVIII e principalmente com o pensador inglês John Locke. Pregavam acima de tudo a superioridade do indivíduo frente ao poder do Estado.

Os liberais com suas doutrinas enfrentavam friamente o absolutismo e o engrandecimento do Estado. A defesa da propriedade privada, da liberdade etc. estão sempre presentes nas obras dos liberais, ficando ainda mais claro quando analisamos o pensamento de Locke, que afirmava ser a propriedade privada algo do conhecimento do homem ainda em seu estado de natureza.

Para o liberalismo clássico, a liberdade é o valor político fundamental, de tal sorte que isto leva a outro princípio do Estado liberal: o governo limitado. Digo que leva a este princípio, pois um governo com proporções muito grandes acabaria por invadir a liberdade individual e com isto descartaria um princípio fundamental do liberalismo.

No pensamento liberal clássico o governo tem funções reduzidas e não deve, por exemplo, interferir na economia que é regida pela sua própria lei conforme o ensinamento de Adam Smith sobre a mão invisível do mercado.

Observemos que o Estado na concepção liberal tem um posicionamento muito mais negativo do que positivo (leia-se *negativo* como omissivo e *positivo* como atuante). Isso por um motivo muito claro: o Estado é o verdadeiro fantasma, no pensamento liberal, da garantia de liberdade individual.

A ascensão do liberalismo no século das revoluções trouxe uma primeira grande onda de direitos fundamentais que hoje é conhecida na doutrina como primeira geração/dimensão de direitos fundamentais. Estes eram os direitos de liberdade. Tais direitos são aqueles que são oponíveis ao Estado, pois representam uma blindagem do indivíduo contra a arbitrariedade estatal. Nas palavras do professor Paulo Bonavides:

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual. (BONAVIDES, 2012, p. 582)<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores – São Paulo; 2012. Pág. 582

As demandas oriundas do novo modelo de sociedade (industrializada) que descende da revolução industrial; os direitos trabalhistas das grandes massas que saíram do campo para a cidade e agora clamam por melhores condições; o sucesso da revolução russa e o modo de produção socialista em 1917; a revolução mexicana; todos estes fatores apelam para a derrocada do Estado liberal e o surgimento do constitucionalismo social.

É importante destacar neste trabalho o surgimento de duas cartas políticas de extrema importância para o surgimento do Estado de bem-estar social (Welfare State) que serão analisadas mais adiante, são elas: a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição da república de Weimar de 1919.

Estas duas constituições são o marco constitucional da ascensão do Welfare State, mas isso não quer dizer que todas as constituições anteriores não trouxessem temas sociais. O que se busca dizer é que as constituições do século XIX são marcadamente liberais ainda que algumas trouxessem normas que abordassem o tema social.

Alguns estudiosos acrescentam ainda documentos como a declaração soviética dos direitos do povo trabalhador e explorado de 1918 e a lei fundamental soviética de julho do mesmo ano. Mas, no que se refere a estes documentos, apesar da tentativa dos teóricos e simpatizantes do pensamento marxista de transformar estes diplomas em documentos que refletem a força trabalhadora e o avanço nos direitos sociais, é fato que, assim como o regime marxista-leninista, estes diplomas acabaram por suprimir direitos conquistados a favor do indivíduo em nome da utopia da ditadura marxista que na Rússia só resultou em milhões de mortos desde a ascensão de Lênin. Portanto, para fim de analisar o Estado de Bem-Estar Social e sua aplicação nas constituições brasileiras, não consideraremos qualquer um destes documentos (ainda que influencie alguns pontos da política brasileira) que firam direitos individuais em nome do coletivismo e da ditadura proletária. Isto porque a constituição verdadeiramente democrática não suprime direitos em nome de outros e muito menos direitos consagrados como os de primeira geração/dimensão.

A partir desta observação e crítica aos documentos soviéticos, queremos atestar o que relatamos com fatos oriundos dos próprios diplomas. Assim, dispõe *ipsis litteris* a declaração soviética dos direitos do povo trabalhador e explorado na primeira parte e número 1:

Fica proclamada na Rússia a República dos Sovietes de deputados operários, soldados e camponeses. Todo o Poder, tanto na capital como nas províncias, pertence a estes Sovietes. (grifo meu).

Na segunda parte do diploma no “inciso” de número 1 temos:

Fica abolida a propriedade privada da terra. Declara-se patrimônio de todo o povo trabalhador toda a terra, com todos os edifícios, o gado de trabalho, as ferramentas e demais acessórios agrícolas. (grifo meu).

Ainda na mesma parte da declaração no número 4 temos:

Fica estabelecido o trabalho obrigatório para todos, com o fim de eliminar as camadas parasitas da sociedade. (grifo meu).

Por fim, no ponto de número 5 da declaração:

Se decreta o armamento dos trabalhadores, a formação de um Exército Vermelho socialista de operários e camponeses e o desarmamento completo das classes proprietárias, com o objetivo de assegurar a plenitude do Poder das massas trabalhadoras e eliminar toda a possibilidade de restauração do Poder dos exploradores. (grifo meu).<sup>84</sup>

Ora, com declarações deste teor é impossível conceber estes documentos como democráticos e, portanto, dignos de serem analisados como originadores do Welfare State.

A partir destes acontecimentos e do que mais se desenvolveu até a década de 1920, o Estado liberal acaba por perder suas forças e nasce o Estado de Bem-Estar Social apoiado nas ideologias antiliberais. Alguns acrescentam que o momento decisivo do declínio liberal foi a grande depressão de 1929 que foi ocasionada pelo modelo de liberal Estado e sua produção em massa, mas, como veremos no nosso segundo tópico, este argumento utilizado para fortificar a justificativa do Welfare State e o Estado intervencionista não passa de uma grande mentira histórica construída durante muito tempo. Todavia, ocorre que com a da derrubada do modelo liberal, surge o Welfare State que rompe com todo o modo abstencionista tornando-se intervencionista e controlador das políticas econômicas e sociais.

O Estado agora interfere na esfera individual ganhando uma postura ativa perante o indivíduo. A partir daí começa a consagração, de acordo com a doutrina constitucionalista, dos chamados Direitos de segunda geração/dimensão (direito à igualdade) que incluíam direitos sociais, econômicos, culturais etc. Neste sentido aponta o grande constitucionalista já citado, Paulo Bonavides:

Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar,

---

<sup>84</sup> Todos estes trechos foram extraídos do texto completo da declaração, que se pode encontrar em: <https://www.marxists.org/portugues/lenin/1918/01/17.html>.

pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2012, p. 582) <sup>85</sup>

É neste contexto, portanto, que os Estados passam de uma perspectiva liberal para uma social. Nota-se o agigantamento do Estado que agora toma conta quase que de tudo, para o terror dos liberais e daqueles que não simpatizam com as propostas socialistas e com a ideologia política de esquerda em geral. Para ficar ainda mais claro, trago a citação do mestre Bonavides em outra obra de grande relevância para o tema aqui discutido:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2004, p. 186) <sup>86</sup>

## **2. REDESCOBRINDO OS FATOS: A MENTIRA HISTÓRICA SOBRE A CRISE ECONÔMICA DE 1929**

Esta é sem dúvida a parte mais espinhosa e mais complicada do presente artigo, uma vez que com toda a simplicidade possível tentaremos mostrar como os fatos ocorridos na “crise liberal” foram distorcidos durante todo este tempo e continuam sendo distorcidos com o intuito de elevar o Welfare State em detrimento do Estado liberal.

Vale a pena destacar que com esta análise não desejamos um retorno aos Estados liberais do século XIX e muito menos pretendemos desvalorizar os direitos sociais garantidos a partir da onda do constitucionalismo social. O que buscamos com o presente tópico é apenas fazer uma contextualização sincera e verdadeira dos fatos a fim de poder analisar a influência do Estado de bem-estar social na constituição brasileira de 1988.

---

<sup>85</sup> IDEM.

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social; 2004 – Malheiros, SP; p. 186.

Exporei rapidamente alguns fatos sem entrar profundamente na discussão econômica que abrange o tema, pois o nosso foco com o presente trabalho é discutir unicamente os aspectos constitucionais da transição ocorrida no período agora analisado. Mas, é válido ressaltar que o Direito Constitucional atual não lida única e exclusivamente com matérias jurídicas, mas tem alcançado uma seara mais ampla do que estamos acostumados a imaginar. Portanto, é válida também a discussão em outro campo do conhecimento (no presente caso, a economia) para que seja ainda mais clara a compreensão das matérias constitucionais.

Feita as devidas considerações iniciais, passemos agora a analisar alguns fatos importantes que mostram como a crise de 1929 não foi ocasionada pela política liberal de mercado, mas sim por um Estado que já intervinha na economia. Isto é importante haja vista que, como já foi ressaltado, o argumento da crise americana de 1929 é comumente usado para servir de “ponto máximo da queda do modelo liberal”. Esta narrativa nasce principalmente com os economistas Keynesianos que tanto pregavam (e pregam) um Estado intervencionista e controlador. Vejamos alguns pontos importantes:

### 2.1 A expansão creditícia do Federal Reserve System

A narrativa costumeiramente contada sobre a crise liberal de 29 é que ela teve origem numa falha do mercado e na superprodução das indústrias, o que seria um acontecimento “normal” do modelo capitalista de produção. Mas, os registros da época bem como os estudos feitos por notáveis economistas apontam o contrário.

Alguns ciclos da economia americana (1920-1921, por exemplo) teriam sido provocados por meio de expansões monetárias e crédito fácil que era rapidamente seguida de contrações e recessões. O caso de 1929 foi precedido por uma política de expansão creditícia de cinco anos gerada pelo FED sob a administração do senhor Calvin Coolidge, o que explica alguns dados: os bancos sob o controle direto do FED criaram US\$500 milhões em crédito novo que levou a uma expansão creditícia de mais US\$ 4 bilhões em menos de um ano.

Toda esta expansão creditícia gerada pelo FED em 1924 gerou aquilo que o grande Benjamin Anderson chamou de “o início do New Deal” (Economics and the Public Welfare, D. Van Nostrand, 1949).

### 2.2 As políticas de Hoover

De acordo com inúmeros economistas, a única saída para uma recessão é deixar o mercado agir por si só (proposta tipicamente liberal). Nesse sentido, escreveu o grande economista político Murray N. Rothbard no seu majestoso livro sobre a grande depressão:

Se o governo pretende aliviar a depressão, e não agravá-la, a única medida válida é adotar o *laissez-faire* – deixar a economia em paz. Somente se não houver interferência, direta ou ameaçada, nos preços, nos salários e na liquidação de empresas, é que o necessário ajuste acontecerá suave e rapidamente. Qualquer estímulo a posições sem solidez adia sua liquidação e agrava condições insustentáveis. A elevação dos salários cria desemprego em massa, e o estímulo aos preços perpetua e cria excedentes não vendidos. Além disso, um corte drástico no orçamento governamental – tanto em termos de impostos como de gastos – por si só vai acelerar o ajuste, ao dirigir a escolha social no sentido de mais poupança e mais investimento em relação ao consumo. Os gastos governamentais, afinal, não importando como sejam rotulados, não passam de consumo; qualquer corte no orçamento, portanto, eleva a proporção entre investimento e consumo na economia e permite uma validação mais rápida de projetos que originalmente, eram desperdícios geradores de perdas. Por isso, a devida recomendação ao governo numa depressão é cortar o orçamento e deixar a economia totalmente em paz. O pensamento econômico atualmente em voga considera essa recomendação desesperadamente antiquada; na verdade, hoje ela encontra mais apoio nas leis econômicas do que encontrava no século XIX. (ROTHBARD, 2012, p. 207)<sup>87</sup>

Todavia, o então presidente da época, Herbert Hoover, negou-se a aplicar as noções liberais do mercado e optou por um regime de intervenção logo no auge da grande crise. Na verdade, o governo de Hoover foi marcado por um Estado extremamente intervencionista que tentava criar meios para solucionar a depressão, mas ao mesmo tempo terminava por agravá-la.

Uma das políticas tomadas na gestão do governo de Hoover para “acalmar” a depressão foram suas políticas salariais. Um estudo realizado pelo economista Lee E. Ohanian que analisou minuciosamente os dados salariais da época do governo de Hoover chegou a uma conclusão extremamente interessante. Ele relatou isso em seu artigo “*Who - or What - Started the Great Depression*” e mostra que as políticas salariais de Hoover chegaram a derrubar o PIB americano em incríveis 18% no período 1929-1931. Além disso, Hoover incentivou déficits orçamentários e dívidas em obras públicas. Tudo isto está muito bem relatado no artigo e no livro já citados.

---

<sup>87</sup> ROTHBARD, Murray N. A Grande Depressão – 2012; SP: Instituto Ludwig Von Mises. Pág: 207

No dia 29/10/1929, com as atividades dos especuladores já paradas, a bolsa de valores americana caiu 12% num único dia graças às políticas monetárias do Federal Reserve System; foi a “terça-feira negra”. Como se não bastasse, no mesmo dia saiu a notícia que o intervencionista Hoover acabara de implantar a tarifa *Smoot-Hawley*.<sup>88</sup> Com o aumento das tarifas, exclamou Benjamin Anderson:

Assim que aumentamos nossas tarifas Iniciou-se uma irrefreável marcha ao redor do mundo para se elevar tarifas e erigir outras barreiras comerciais, incluindo-se aí as quotas. O protecionismo irrompeu-se descontroladamente por todo o mundo. Os mercados foram interrompidos. As linhas de comércio foram restringidas. O desemprego nas indústrias exportadoras de todo o mundo cresceu celeremente. Os preços dos produtos agrícolas nos EUA haviam caído acentuadamente durante o ano de 1930, porém a mais rápida taxa de declínio veio após a aprovação da tarifa. (ANDERSON, 1949)

Percebemos com isso quão intervencionista era o governo de Hoover no auge da depressão americana a ponto do Ohanian concluir:

Concluo que a Depressão foi consequência de programas e políticas governamentais, incluindo aquelas de Hoover, que aumentaram o poder que a mão-de-obra tinha de elevar os salários acima de seus níveis competitivos. A Depressão teria sido muito menos severa na ausência desse programa. Similarmente, e considerando-se esse programa de Hoover, a Depressão teria sido muito menos severa caso a política monetária tivesse respondido de forma a impedir que os preços tivessem caído que foi o que fez aumentar os salários reais. Essa análise também fornece uma teoria que explica por que os baixos gastos nominais - ao que alguns economistas se referem como 'demanda agregada insuficiente' - geraram tamanha depressão nos anos 1930, porém não tiveram o mesmo efeito no início dos anos 1920, que foi um período de semelhante deflação e contração monetária, porém um em que as empresas reduziram consideravelmente os salários nominais. (OHANIAN, 2009, p. 51).<sup>89</sup>

Até o presente momento, já mostramos provas suficientes para se perceber como a crise de 1929 foi fruto das intervenções governamentais. Mas, para concluir os nossos argumentos colocarei uma última citação que vem de um discurso do próprio Herbert Hoover e citado no livro do Dr. Rothbard:

Poderíamos não ter feito nada. Isso teria sido a completa ruína. Em vez disso, enfrentamos a situação com propostas às empresas privadas e ao Congresso, com o mais

---

<sup>88</sup> Esse programa elevava as tarifas de importação a níveis sem precedentes, o que fechou as fronteiras dos EUA com os outros países.

<sup>89</sup> OHANIAN, E. Lee, What - or Who - Started the Great Depression? - National Bureau of Economic Research; Pág. 51

gigantesco programa de defesa e de contra-ataque econômico jamais criado na história desta República. Nós o colocamos em ação (...) Nenhum governo em Washington até agora considerou que tivesse tanta responsabilidade em assumir a liderança em momentos como esse. (...) Pela primeira vez na história da depressão, os dividendos, os lucros e o custo de vida foram reduzidos antes de os salários sofrerem. (...) Eles foram preservados até que o custo de vida tivesse caído e os lucros tivessem praticamente sumido. Hoje eles são os maiores salários reais do mundo. Criar novos empregos e dar a todo o sistema um novo sopro vital; nunca antes na história deste país algo foi planejado para fazer tanto... “pelo homem e pela mulher comuns”. Alguns economistas reacionários insistiram que deveríamos permitir que a liquidação acontecesse até chegarmos ao fundo... Determinamo-nos a não seguir o conselho desses liquidacionistas que queriam nos levar até o fim amargo, e ver todos os devedores dos Estados Unidos levados à falência, e a poupança do nosso povo destruída (ROTHBARD, 2012, p. 208).

A conclusão que chegamos a partir de todas estas referências é um tanto quanto importante. Percebemos que a ideia do Estado intervencionista já pairava sobre a América ainda nos anos de 1920 ou ainda antes. Mas, o que até agora foi exposto sobre a crise de 1929 traz um problema muito maior que é o fato de que a Great Depression não foi o ponto mais alto da decadência liberal, pelo contrário; a grande crise americana que afetou todo o mundo trouxe uma lição diferente daquela propagada pela ideologia do constitucionalismo social e dos economistas Keynesianos, a saber: o Estado que intervém demasiadamente na economia, principalmente em tempos de recessão, termina por piorar a situação econômica e institucional do país.

Queremos, portanto, concluir este segundo tópico do nosso trabalho fazendo a observação de que embora o Estado liberal tenha caído em decorrência de tudo que já foi abordado no tópico anterior e surgindo o Estado de bem-estar social e a segunda onda de direitos fundamentais (preocupados com a igualdade material etc.), não é correto afirmar – como se tem feito nos nossos manuais de história geral para o ensino fundamental e médio – que a grande depressão foi o último impulso para essa derrocada.

### **3. DAS IDEOLOGIAS DO WELFARE STATE**

Com tudo que vimos até agora fica mais fácil visualizar – e é o que vamos fazer neste tópico – quais as influências ideológicas do Estado de bem-estar social. Ora, obviamente a

ideologia que influencia o modelo de Estado intervencionista e provedor não é a ideologia liberal, uma vez que o Estado de bem-estar surge em oposição ao modelo liberal de Estado.

Analisando as diversas posições sobre a atuação do Estado, sua formação e suas competências, é possível fazer um retorno cronológico que nasce no pensamento de Rousseau se estende até Marx e se desenvolve através da ideologia do socialismo científico e das ideologias de cunho revolucionário.

É válido entrarmos no mérito de discutir o pensamento de Rousseau ainda que rapidamente para entendermos alguns pontos de convergência deste com o pensamento desenvolvido pelos marxistas (juntamente com os Keynesianos) que formam o arcabouço teórico do Estado de bem-estar. Vamos à nossa exposição.

Rousseau (teórico do contratualismo) traça uma linha histórica formada de quatro períodos que conta a história da sociedade civil até o contrato social. Como os seus companheiros de teoria, Rousseau acreditava que o homem viveu em um estado de natureza (momento em que não existia a instituição do Estado) onde ele tinha certas faculdades como, por exemplo, autopreservação e compaixão (neste ponto Rousseau difere de Hobbes) e este homem, que vivia neste estado, era bom por natureza (visão utópica do homem) nascendo livre de corrupções internas.

Num segundo momento dessa linha “cronológica” descrita por Rousseau os homens começam a aproximarem-se uns dos outros e perceberem diferenças físicas entre eles, de tal forma que surge a ideia de proteger o cada um tinha conquistado do outro mais forte. Começam a surgir as primeiras noções de propriedade privada.

Porém, com o surgimento da propriedade privada, Rousseau vai alegar que é neste momento que surge a corrupção no homem, pois com a ideia de propriedade privada surgem os conflitos e as desigualdades (vemos aqui um ponto crucial de elo entre Rousseau e Marx). O próprio Rousseau vai declarar que por causa disto “as usurpações dos ricos, as rapinas dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, abafando a piedade natural e a voz ainda frágil da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e perversos.”.

O Estado Civil surge na visão de Rousseau, para evitar estes conflitos. Todavia, ainda que este Estado surja com a intenção de evitar conflitos ele se apresenta também com o papel de garantidor da propriedade privada, portanto, algo de ruim.

A solução oferecida pelo autor que estamos analisando neste momento é a do “contrato social” que se trata de uma conscientização de cada indivíduo de que ele pode obter a liberdade e a sugestão de implantação de uma democracia direta, que seria a única garantia

da liberdade. Esta ideia da democracia participativa (sufrágio universal) de Rousseau aliada a sua teoria da vontade geral trazem grandes bases do que é o Estado de bem-estar Social.

É perceptível também que, enquanto no pensamento liberal predomina a luta contra o poder arbitrário de Estado – isso pode ser verificado com as obras de Locke e Montesquieu, que criaram “juntos” a teoria da limitação e repartição do poder – nas obras de Rousseau não há tamanha preocupação em se combater o poder do Estado em nome da liberdade do homem. A única coisa para qual alerta Rousseau é a necessidade de que esse poder deve ser entregue ao único legitimado para dele utilizar: o povo.

Bem disse o professor Bonavides que “o esforço da doutrina rousseauiana vai consistir precisamente nisto: na integração da liberdade com o poder”.

Quanto aos marxistas, veremos o que é o Estado para eles e sua competência. O que faremos aqui será uma exposição de suas principais obras a fim de compreendermos o que desejamos. Dito isto, vejamos o que diz Engels em “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”:

O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é “a realidade da ideia moral”, nem “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel. Ê antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado. (ENGELS, 1984, p. 197) <sup>90</sup>

Com esta citação é possível enxergar uma ligação dos pensamentos dos marxistas com o de Rousseau no sentido de que o Estado surge num momento em que há antagonismos de classes, o que foi dito pelo próprio Lenine no seu livro “O Estado e a Revolução”.

De acordo com Mário Ferreira dos Santos, é preciso observamos quatro pontos para entendermos o que é o Estado para os marxistas a partir desta declaração de Engels: a) o Estado não é uma força imposta do poder exterior à sociedade; b) é um produto da sociedade numa certa fase do seu desenvolvimento (observa-se aqui um elo fortíssimo com a doutrina contratualista); c) é resultante de um embargo decorrente de uma insolúvel contradição

---

<sup>90</sup> ENGELS, Friedrich. A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado; Civilização Brasileira S.A. – RJ; 1984.

interna da sociedade, dividida em antagonismos inconciliáveis (Rousseau acreditava que estes antagonismos e desigualdades eram resolvidos apenas com o “Contrato”); d) Para evitar o entredevoramento entre si e da própria sociedade, por parte das classes com interesses antagônicos, cria-se uma força aparentemente acima da sociedade (Estado), com o fim de atenuar o conflito.<sup>91</sup>

Vemos que para Rousseau e os marxistas o Estado acaba ressaltando ainda os privilégios e as desigualdades. A diferença entre eles consiste na solução dada para acabar com esta desigualdade: enquanto Rousseau propõe uma democracia total, direta, os marxistas insistem na tomada do Estado pelos proletários para dele fazer uso e no final a entidade estatal desaparecerá automaticamente. O próprio Engels dizia que “o primeiro ato pelo qual o Estado se manifesta realmente como representante de toda a sociedade – a posse dos meios de produção em nome da sociedade – é, ao mesmo tempo, o último ato próprio de Estado”.

O último ponto – o Estado deve tomar os meios de produção, pois eles pertencem a toda a sociedade – é o mais importante para nossa discussão. Nestes termos os marxistas defendem um Estado intervencionista e que controle a economia e tudo quanto for possível. É necessário lembrar que a propriedade privada para os marxistas também representam algo de mal na sociedade (é o que se extrai do livro do Engels que já foi citado) e deve ser abolida pelo controle universal do Estado.

Por fim é possível distinguir, então, duas posições sobre as competências do Estado: a corrente “*abstencionista*” e a outra que vamos chamar simplesmente de “*socialista*” para seguir os mesmos passos de Darcy Azambuja.<sup>92</sup>

A primeira posição é aquela que vemos nas obras dos liberais do *laissez faire* que afirmam que o Estado não deve interferir na economia como já foi dito. A segunda posição poderia ser denominada como intervencionista ou também ser identificada como Keynesianismo. Esta posição é a dos socialistas como um todo e baseia-se na intervenção do Estado em todas as matérias. A matéria que diz respeito a toda a coletividade deve ser cuidada pelo Estado, pois é ele quem deve fornecer (posicionamento ativo) tudo quanto o indivíduo precisar. Propriedade, comércio, indústria, todos os serviços de utilidade geral, ficam sob a competência do Estado.

Sem dúvida é a segunda corrente ideológica que fornece bases para o Estado de bem-estar social (Welfare State). Atente-se, entretanto, como afirma o professor Azambuja, que

---

<sup>91</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. Análise de Temas Sociais – Volume III; Logos Ltda. – SP; 1964. Pág. 129-130.

<sup>92</sup> AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado; Editora Globo – Rio de Janeiro: 1988; Pág. 128.

este posicionamento pode levar a extremos como aconteceu no fascismo italiano de Mussolini, que chegou a declarar: “*Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado.*”.

#### 4. O ADVENTO DAS CONSTITUIÇÕES MEXICANA E DE WEIMAR

Dois diplomas são o ponto de partida constitucional do modelo de Estado Social: a Constituição mexicana (1917) fruto de uma ruptura causada por movimentos que lutaram contra a ditadura de Porfirio Díaz e a Constituição alemã de Weimar (1919) fruto do primeiro pós-guerra, num momento muito conturbado.

O México foi o primeiro a iniciar, na prática, o constitucionalismo social com a Constituição de 1917. Essa carta política representou o fim da repressão causada pelo regime de Díaz e a instauração do modelo social de Estado.

Dos vários grupos que lutavam contra o regime de Porfirio (incluindo grupos liberais), se destacou o grupo *Regeneración* liderado por Flore Magón que reunia jovens intelectuais opositores ao governo Díaz. No ano de 1906 foram lançados alguns manifestos como, por exemplo, o *Manifiesto De un Grupo de Vecinos de Jiménez* de 26 de setembro.<sup>93</sup>

Malgrado o que muito é dito sobre a influência de Mikhail Bakunin e sua ideologia para os movimentos de oposição (principalmente o de Magón), não se pode deixar de notar que teve ainda maior influência sobre os movimentos e os resultados (direitos sociais garantidos constitucionalmente) o documento conhecido como *Rerum Novarum* que foi uma encíclica escrita pelo Papa Leão XIII ainda em 1891.

Enfim a carta constitucional de 1917 é elaborada e recebe partes destinadas exclusivamente para tratar dos direitos trabalhistas (incluindo-os como sendo direitos *fundamentais*). Nesse sentido a Constituição mexicana é a pioneira no tratamento exclusivo de direitos sociais do trabalho, estando estes juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos.

Entrando no conteúdo propriamente dito da Carta Magna mexicana, dois artigos são os que mais nos importam: os artigos 5º e 123. Estes dois dispositivos dispõem sobre os direitos trabalhistas e alguns princípios de observância obrigatória como, por exemplo, a obrigatoriedade da remuneração.

---

<sup>93</sup> Este documento pode ser encontrado nas versões em inglês e espanhol no site: [http://www.geocities.ws/jimenez\\_founders/1906manifest.htm](http://www.geocities.ws/jimenez_founders/1906manifest.htm)

Assim dispõe o artigo 5º da Constituição: “Ninguém pode ser obrigado a prestar serviços pessoais sem a devida remuneração e sem o seu pleno consentimento, com exceção do trabalho imposto como penalidade pelo poder judiciário, que será regido pelas disposições das cláusulas I e II do artigo 123.”.

É importante destacar o fato de que o texto supracitado está localizado, como é possível perceber pela numeração do artigo, no título I capítulo I da Constituição que trata das *garantias individuais*.

No título VI denominado “Trabalho e Segurança Social” está localizado o artigo 123 que abre o título com a seguinte redação: “O Congresso da União, sem violar os seguintes princípios básicos, deve formular leis trabalhistas que se apliquem a:” mostrando que a frente elencar-se-á princípios que devem ser observados acerca do direito trabalhista.

No inciso I do mesmo artigo declara o diploma: “A duração máxima do trabalho por um dia deve ser de oito horas”. Este artigo claramente influenciará tantas outras constituições (principalmente as brasileiras). Além do que é dito no inciso já citado, diz o inciso seguinte (II): “A duração máxima do trabalho noturno deve ser de sete horas. Os seguintes são proibidos: trabalho insalubre ou perigoso de mulheres e menores de dezesseis anos de idade; Trabalho noturno industrial por qualquer uma dessas classes; Trabalho de mulheres em estabelecimentos comerciais depois das dez horas”. Esta é simplificada, a estrutura da Constituição mexicana de 1917 que introduz em seu texto um teor social que vai contagiar diversas constituições posteriores.

A confirmação desse novo modelo de Estado começa a fixar-se mais fortemente com uma Constituição que vem diretamente da Europa: a *Weimarer Verfassung* (1919) e depois definitivamente com o segundo pós-guerra. A Constituição de Weimar inaugura a República no país e surge num momento de crise econômica e institucional devido à derrota na grande guerra e as sanções impostas pelo Tratado de Versalhes.

No que se refere à composição da carta constitucional, verifica-se duas partes principais: Livro I – Estrutura e fins da República; Livro II – Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão. Nossa atenção neste estudo está voltada para o segundo livro da Constituição que é o que realmente apresenta novidade.

O livro II da carta política alemã é composto de cinco capítulos temáticos, são eles: A pessoa individual; A vida social; Religião e agrupamentos religiosos; Educação e escola e A vida econômica. Com este simples panorama é possível ver como a Constituição já reassaltava o aspecto social nos seu corpo de Direitos.

O capítulo II do livro citado consagra o que a constituição chama de: “Vida Social” (Das Gemeinschaftsleben) e dispõe além de direitos sociais, também direitos marcadamente liberais o que para muitos parece certo tipo de contradição. Preferimos, no entanto, enxergar como uma integração das duas dimensões de direitos fundamentais e destacamos a necessidade de se levar em conta o caráter ainda imaturo do texto constitucional para o Estado de Bem Estar que estava no seu início e dava seus primeiros passos.

Como já foi comentado, são os direitos de segunda geração/dimensão que vão fornecer o caráter social ao texto constitucional. No caso da constituição que agora examinamos é possível identificá-los a partir do artigo 109. Vamos observar artigos referentes à: direito à educação (artigo 120); direitos ao ensino de arte e ciência (artigo 142); destaque para o artigo 153 §1º que estabelece a “função social da propriedade”<sup>94</sup>; o dever do Estado de promover um “lar saudável” (*eine gesunde Wohnung*) aos cidadãos e garantia adequada às necessidades (artigo 155) etc. Esse rol de direitos – que obviamente não foi exaurido aqui – declara com toda a certeza o caráter social da magna carta alemã.

O Brasil parece sempre ter tido um ligação com o direito alemão (nota-se na adoção da tradição romano-germânica do Civil Law, por exemplo). Não foi diferente quanto ao Estado Social.

A Constituição brasileira de 1934 inauguraria uma nova fase no constitucionalismo brasileiro (terceira grande época constitucional, de acordo com o professor Bonavides) com a adoção do novo modelo de Estado que já tinha surgido na Alemanha desde o primeiro pós-guerra. Com esta nova Carta Política (promulgada em 16 de julho de 1934), diz o mestre Bonavides, se insere uma nova corrente de princípios que até então foram ignorados no direito pátrio vigente. Esses princípios assinalavam o aspecto social da nova constituição, que fora tão influenciada pelo modelo de Weimar.

Depois da chegada do Estado Social no constitucionalismo brasileiro, o país passou por muitos momentos conturbados e complexos causados por fatos políticos diversos. Desse longo período, destacam-se três diplomas constitucionais que não romperam com a ideia principal do Estado de Direito: A constituição de 1934 já comentada; a constituição de 1946 (ainda que surgindo de um golpe de Estado) e por fim a atual Constituição (1988).

---

<sup>94</sup> “Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.”

## 5. A CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA QUESTÃO DE CLASSIFICAÇÃO.

Mario Ferreira dos Santos já disse em sua obra introdutória ao estudo da filosofia (Filosofia e Cosmovisão), que todo trabalho científico era um esforço do pensamento para alcançar classificações, pois as classificações nos fornecem informações mais gerais e resumidas sobre diversos assuntos.

Neste trabalho nossos esforços se voltam para classificar a Constituição Brasileira como sendo uma constituição do Estado Social.

O primeiro aspecto que nos leva a classificar a Constituição brasileira como sendo uma carta do Estado Social é aquilo que já expusemos durante este trabalho: ela é fruto de uma grande mobilização social em busca da positivação de Direitos e garantias após um regime com traços autoritários. É claro que, como já dizia a filósofa Simone Weil, “direitos não são nada senão uma obrigação de alguém mais” e na medida em que se tem uma constituição que prevê um rol muito extenso de direitos e garantias, exige-se também um Estado cada vez mais interventor e cada vez mais controlador das liberdades.

Seguindo nossa classificação, nota-se que a Constituição de 1988 recebe como também já foi dito, influências dos marcos constitucional do Estado Social como a Constituição alemã de Weimar e a lei fundamental de Bonn. Decorre logicamente, que a Constituição de 1988 é fruto do desenrolar do constitucionalismo social.

Pois bem, estes são aspectos exteriores à CR/88 que nos permitem afirmar em primeiro plano que ela nos parece uma constituição do Estado de bem-estar. Mas, voltemos agora para uma simples análise interna da CR/88.

A doutrina pacificamente expõe a ideia de que a nossa atual constituição pode ser classificada como uma *constituição dirigente* (não vamos entrar no mérito das modificações que sofreu a obra do Mestre Canotilho), que é típica das constituições de Estado Social. Como é sabido, a CR/88 deixa muito clara essa sua característica no seu artigo 3º onde o constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais da república brasileira. Nesses objetivos estão as chamadas *normas programáticas* que visam definir uma pauta de vida para a sociedade e estabelecer uma série de atuações do Estado a fim de se alcançar estes objetivos.

Quando da análise de todo o corpo constitucional, percebe-se que o constitucionalismo social está extremamente presente no texto supremo. Exemplos disso são: o já mencionado artigo 3º (objetivos fundamentais) que deixam claro o aspecto dirigente de nossa Carta Suprema, uma vez que traça deveres de atuação ampla do Estado que deve se pautar por políticas públicas distributivas de modo a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art.

3º, I). Como parte do cumprimento desta norma, recordemo-nos do Decreto número 591/92, que promulga o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Além da construção da sociedade sob os três pilares reassaltados no inciso I, cabe também ao Estado Federal Brasileiro garantir o desenvolvimento nacional (inciso II) e promover o bem de todos (inciso III).

Além disso, temos o famoso artigo 5º da CR/88 que traz o rol mais extenso de direitos e garantias individuais e coletivos. Em se tratando do aspecto social presente neste artigo, é interessante destacar o inciso XXIII que declara a *função social da propriedade*. Dessa forma, a Constituição, Como diz Bernardo Gonçalves, retira a noção individualista de propriedade típica do século XVIII e compreende a propriedade agora como sendo “socializada” devendo ela oferecer uma maior utilidade à coletividade.<sup>95</sup>.

Logo em seguida temos o Artigo 6º que é o fundamento dos direitos sociais na nossa carta constitucional e o que deixa ainda mais marcado o caráter social da CR/88. Com este artigo, a Constituição de Outubro foi a primeira, na história constitucional do Brasil, a apresentar destacadamente os Direitos Sociais.

De acordo com a Emenda nº 90 de 2015: 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. No mesmo bloco temos O artigo 7º que trata dos direitos trabalhistas (seguindo um traço muito marcante do constitucionalismo social que se tornou presente desde 1934).

Mais adiante no corpo da CR/88 e vamos nos deparar com o artigo 170 que trata dos princípios da ordem econômica do Estado brasileiro e, apesar de prever a propriedade privada como um dos princípios, também consagra a função social dessa propriedade (o conceito de função social da propriedade também vai se estender ao direito privado brasileiro).

Por fim, temos a chamada “Ordem Social” que é mais um avanço no constitucionalismo do Welfare State nas constituições brasileiras.

A Ordem Social está descrita no Título VIII da CR/88 e tem como objetivo *o bem-estar e a justiça sociais*. Na verdade, a Ordem Social é um conjunto de postulados trazidos pela Constituição para efetivação dos direitos sociais previstos no artigo 6º. O que se observa em cada tópico trabalhado na Ordem Social é a grande atuação do Estado brasileiro para assegurar as políticas sociais implantadas pelo poder público na sociedade. Estes pontos trabalhados na CR/88 nos fazem afirmar o que já foi dito por Paulo Bonavides: “A

---

<sup>95</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Juspodivm – Salvador; 2017. Pág. 480

Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição de Estado social.”<sup>96</sup>.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto neste artigo, resta comprovado que nossa contituição é, na grande maioria de seus aspectos, uma constituição social. É certo que a atual carta constitucional tentou trazer o de melhor das duas grandes ideologias que foram aqui tratadas, embora, com toda veemência, tenha dado prioridade ao desenvolvimento de características do Estado Social.

Essa característica talvez decorra do fato de que exista certa necessidade criada no constitucionalismo social de amparo completo à sociedade brasileira por meio do Estado. O grande problema reside exatamente nessa ideia de o Estado ser o grande provedor da coletividade, pois disso resulta uma intervenção que ultrapassa a esfera da necessidade.

Mas deixando de lado esta discussão e encaminhando-nos para nossa conclusão, importa notar que a atual carta política sofre influências das duas ideologias e busca em seu corpo um avanço no que se refere a um Estado democrático e protetor dos direitos sociais.

O surgimento do constitucionalismo social (principalmente com as cartas constitucionais de Weimar e a mexicana), o avanço das ideologias sociais, a crise de certos sistemas liberais (aliado à supressão de sua ideologia dentro das universidades e escolas), o discurso social e a “luta por igualdade” com a intervenção do Estado, são, portanto, fatores que nos apresentam o constitucionalismo social brasileiro, que se concentra fortemente na carta de 1988.

---

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores – São Paulo; 2012. Pág. 383

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, D. Teoria Geral do Estado. In: AZAMBUJA, D. Teoria Geral do Estado. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, v. 1, 1988.

BONAVIDES, P. In: BONAVIDES, P. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, P. In: BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ENGELS, F. In: ENGELS, F. A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FERNANDES, B. G. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

OHINIAN, L. What - or Who - Started the Great Depression. National Bureau of Economic Research.

ROTHBARD, M. A Grande Depressão. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2012.

ROUSSEAU, J.-J. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. [S.l.]: [s.n.].

## CAPÍTULO 12

# A IMPORTÂNCIA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS TRIBUTÁRIAS PARA A MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA: ESTUDO SOBRE A VINCULAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO MEIO DE APLICAÇÃO DA ACCOUNTABILITY VERTICAL

Marcela Fernandes Tavares<sup>97</sup>

José Gomes de Lima Neto<sup>98</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a exposição da necessidade de critérios mais rígidos em relação à vinculação dos tributos, dada a necessidade da mesma para a aplicação da Accountability e consequente manutenção da democracia.

Para tanto, observar-se-á a natureza humana na concepção de Nicolau Maquiavel e o Estado num misto de concepção hobbesiana e weberiana, a fim de concluir-se pela indispensabilidade do mesmo para a vida em sociedade. Em seguida, analisar-se-á a competência tributária como parte integrante da soberania nacional, pois por meio do monopólio do poder de tributar torna-se possível o monopólio do uso legítimo da violência, alicerce do Estado e, por conseguinte, da sociedade.

Por outro lado, tendo em vista que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o contribuinte, que paga compulsoriamente seus tributos, tem direito a receber uma prestação de contas do Estado, para que puna desvios de finalidade, corrija inconstitucionalidades (por meio de sua Suprema Corte), e direcione os recursos públicos de

---

<sup>97</sup>Discente do 8º período do curso de direito do IESP,

<sup>98</sup>Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP. Professor de Direito Tributário do IESP-FACULDADES

acordo com a Vontade Popular, isto é, a vinculação tem por principal função possibilitar a aplicação da Accountability.

Como exemplo, é citado o caso da CPMF, contribuição criada com o objetivo de arrecadar recursos para a saúde, todavia, em total desrespeito à vinculação tributária, o produto desta arrecadação foi aplicado em outros setores, tornando-se inconstitucional.

## 1. DA INDISPENSABILIDADE DO ESTADO

Considerado um dos precursores da Ciência Política, Nicolau Maquiavel julgava que a natureza humana era má e imutável, logo considerava que a História da Humanidade era cíclica e que os príncipes, para conquistassem ou mantivessem poder, deveriam percorrer os caminhos trilhados pelos grandes homens do passado, e, deste modo, deu preciosas e práticas lições aos governantes de seu tempo. Nas palavras do filósofo florentino:

“Os homens costumam ser ingratos, volúveis, dissimulados, covardes e ambiciosos de dinheiro; enquanto lhe proporcionais benefícios, todos estão contigo, oferecem-te sangue, bens, vida, filhos, como se disse antes, desde que a necessidade dessas coisas esteja bem distante. Todavia, quando ela se aproxima, voltam-se para outra parte”<sup>99</sup>

Na mesma linha, Thomas Hobbes, consolidado como um dos mais poderosos nomes da ciência política, entendeu que todo governante deveria observar a natureza humana, posto que esta é um fator imutável e relevante na construção do Estado, conforme observou já no início de sua obra “O Leviatã”, ao dizer que “Aquele que vai governar uma nação inteira deve ler, em si mesmo, não este ou aquele indivíduo particular, mas o gênero humano” 1651:10). Partindo deste ponto de vista, constatou Thomas Hobbes que o “*Homini Lupus Homini*”, ou seja, que o homem é o lobo do homem.

O jusnaturalista inglês desenvolveu, portanto, a sua teoria com base na perfídia inerente ao homem, e escreveu que, antes do Estado, os homens viviam em uma “*Bellum omnium contra omnes*”, onde a única lei vigente era a lei do mais forte. Tal situação, denominada Estado de Natureza, gerava grande instabilidade e insegurança, de modo que os homens, por meio do Contrato Social, abriram mão de sua autonomia particular para formar uma sociedade, e se sujeitar à soberania do Estado, que seria o detentor do monopólio do uso legítimo da violência, utilizando-se deste poder para assegurar a ordem, de fato e de direito.

---

<sup>99</sup> MAQUIAVEL, Nicolau; O Príncipe:1553, p.106.

Tão íntima é a relação entre a natureza humana e a constituição do Estado que este, em toda sua abrangência, foi comparado por Hobbes a um indivíduo, ou seja, o Grande Leviatã é um “homem artificial”, nas palavras de Hobbes:

“Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã chamado Estado, ou Cidade (em latim ‘Civitas’), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. E no qual a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais; a recompensa e o castigo (pelos quais, ligados ao trono da soberania, todas as juntas e membros são levados a cumprir o seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais são a força; Salus Populi “a segurança do povo”, é o seu objetivo, os conselheiros, através dos quais todas as coisas que necessita saber lhe são sugeridas, são a memória; a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; e a guerra civil é a morte”. (HOBBS, Thomas; 1651:09)

De fato, dada a natureza humana, sem o Estado, e sua coerção ou ameaça de coerção, viveríamos em uma guerra de todos contra todos, restando evidente a sua essencialidade em nossas vidas. Esta é a função do Estado: manter a ordem social, e conseqüentemente a segurança do povo, por meio do monopólio do uso legítimo da violência. Este monopólio, mais do que um instrumento de poder, chega a ser um elemento constitutivo do Estado, quais sejam, Povo, Território e Governo, estando o monopólio do uso legítimo da violência compreendido neste último, pois sem coerção não há governo. De fato, o monopólio do uso legítimo da violência integra o próprio conceito weberiano de Estado, in verbis: “(...) O Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (WEBER, Max; Política como Vocaçãõ; 1918: 56).

Novamente recorremos a Maquiavel, para demonstrar que o medo da coerção é o mais fiel conservador da ordem, quando discorre sobre a indagação se o governante deve ser temido ou amado: “(...) E os homens relutam menos em ofender aos que se fazem amar do que aos que se fazem temer, pois o amor se mantém por um vínculo de obrigação, o qual, mercê da perfídia humana, rompe-se sempre que lhes aprouver, enquanto o medo que se incute é alimentado pelo temor do castigo, sentimento que nunca se abandona.” (MAQUIAVEL, Nicolau; 1553:106)

## **2. DA IMPORTÂNCIA DO MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA**

A competência tributária é o poder que pertence ao Estado brasileiro de instituir tributos, via de regra por meio de lei. A Constituição Federal outorgou a competência tributária a todos os entes da Federação, para melhor distribuição organizacional deste poder, com a finalidade de que ele fosse exercido ou não de acordo com a conveniência local ou nacional, a depender da abrangência do ente político. Todavia, a competência tributária é monopolizada pelo Estado, não podendo este delegá-la, renunciá-la ou até mesmo alterá-la, salvo por emenda constitucional, embora possa exercê-la facultativamente, a qualquer tempo.

A competência tributária serve para determinar quais espécies tributárias cada ente federativo poderá criar ou majorar, mediante qual espécie normativa, e com qual finalidade. Os impostos, espécie do gênero tributo, via de regra, visam sustentar a máquina estatal e custear serviços gerais, como saúde, educação e segurança, portanto não são vinculados, e têm natureza fiscal.

Outros impostos, porém, têm natureza extrafiscal e visam estimular ou desestimular condutas, podendo ter suas alíquotas modificadas pelo Poder Executivo, por meio de decreto, e constituindo exceção ao princípio da anterioridade, tendo em vista que são impostos reguladores de mercado, como por exemplo o Imposto sobre produtos industrializados (IPI), o Imposto sobre Importação (I.I), ou Imposto sobre Exportação (I.E.).

Sendo considerada por Irapuã Beltrão como sendo uma faceta da soberania, a delimitação constitucional da competência tributária têm também a função de manter o pacto federativo, formado pela união indissolúvel da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo a União dotada de Soberania e os demais entes de autonomia. A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a competência tributária de todos os entes, garantiu aos entes de menor abrangência a autonomia financeira necessária para manter, de fato, uma federação, nas palavras do doutrinador mencionado: “(...) Isso porque o ente só desenvolve sua auto-organização e seu autogoverno quando, no dia a dia, exerce competências administrativas (governamentais), legislativas (produção normativa) e também tributárias (que buscam consubstanciar sua autonomia financeira.” (BELTRÃO, Irapuã; 2014:145)

Além das supracitadas funções, a delimitação da competência tributária serve para evitar abuso de poder por parte da Administração Pública, tendo em vista que a competência tributária é um poder-instrumental, pois visa proporcionar ao Estado meios de sustentar-se, direcionar condutas e obter recursos em momentos de crise, como guerra externa ou calamidade pública, para que possa, por meio de todos os seus atributos e, principalmente, do monopólio coercitivo legítimo, atingir os fins para os quais foi criado, quais sejam, principalmente, a defesa e a proteção do povo, isto é, a *Salus Populi*.

O monopólio do poder de tributar é, portanto, quase tão importante para o Estado quanto o monopólio do uso legítimo da violência, pois por meio daquele se sustenta este e, entregar tal poder a entidades privadas, ainda que exclusivamente nacionais, enfraqueceria o Estado de forma obtusa, dando, conforme explicado no item 1, viés anárquico à sociedade, sendo, em razão disto, este poder indelegável, incaducável e irrenunciável, podendo ser alterado apenas por meio de emenda constitucional, ainda que seu exercício seja facultado, dada a sua imprescindibilidade para o Estado.

### **3. DA NATUREZA DEMOCRÁTICA E DA PRESTAÇÃO DE CONTAS TRIBUTÁRIAS.**

Para analisar a relevância da prestação de contas ao povo, impõe primeiramente analisar a natureza democrática, posto que aquela emana desta. Reis Freire, em seu texto “Formas de Governo”, dividiu as formas de governo, segundo o pensamento aristotélico, a priori em governo de um só, governo de poucos e governo de muitos, e a posteriori em formas puras ou degeneradas, sendo, a democracia uma forma pura de governo de muitos, e a demagogia a forma deturpada da mesma categoria de governo.

No século XVII, Montesquieu atribuiu uma paixão humana a cada forma de governo, os chamados “princípios de governo”, que são a “paixão que o move, é o modo de funcionamento dos governos, ou seja, como o poder é exercido”, sendo a paixão monárquica a honra, a paixão tirana o medo, e a paixão democrática a Virtude, descrita por Montesquieu como sendo a única paixão propriamente política, nas palavras do supracitado filósofo político: “Ela (a virtude) nada mais é do que o espírito cívico, a supremacia do bem público sobre os interesses particulares. É por isso que a virtude é o princípio da República”.

Disto deriva o principal princípio do ordenamento jurídico pátrio: a supremacia do interesse público sobre o privado. Ora, se a democracia é o governo do povo, e se todo poder emana do povo, conforme o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, exercido este poder por meio de representantes, estes tem o dever moral e jurídico de prestar contas ao povo, verdadeiro detentor do poder numa nação democrática.

Logicamente, tendo em vista que todo poder emana do povo, todas as vezes que este poder for exercido por representação, há o dever de prestação de contas. Dada a extensão populacional e a complexidade das sociedades atuais, a impossibilidade de democracias diretas é evidente. Logo, podemos concluir que, contemporaneamente, a prestação de contas é inerente a toda democracia.

#### **4. DA ACCOUNTABILITY: CONCEITO, IMPASSES E NECESSIDADE**

Explicada a natureza democrática e a necessidade de prestação de contas, seguimos ao conselho de accountability. Segundo o cientista político Luís Felipe Miguel, accountability, palavra que não possui tradução para a língua portuguesa, “diz respeito à capacidade que os constituintes têm de impor sanções aos governantes, notadamente reconduzindo ao cargo aqueles que se desincumbem bem de sua missão, e destituindo os que possuem desempenho insatisfatório. Inclui a prestação de contas dos detentores de mandato e o veredicto popular sobre esta prestação de contas” (p.27-28). Trata-se, portanto, de uma maneira de procurar manter o máximo da essência democrática nas sociedades atuais, conforme segue demonstrando Luís Felipe Miguel: “Nos estudos da democracia, a accountability ganha destaque por prometer um grau razoavelmente alto de controle do povo sobre os detentores do poder político, mas de uma forma exequível em sociedades populosas, extensas, complexas e especializadas como as contemporâneas” (p.28)

Ainda segundo o supracitado autor, a accountability divide-se em dois seguimentos: vertical e horizontal. Este diz respeito ao controle que os três Poderes exercem uns sobre os outros, por meio de atribuições legais, como, por exemplo, o veto do presidente da República a determinado projeto de lei. A accountability vertical é o controle exercido pelo povo sobre seus governantes, que prestam contas e submetem-se ao veredicto popular, por meio das eleições.

Nas palavras de Luís Felipe Miguel, as eleições são o “ponto culminante da accountability vertical”, pois por meio dela o povo mostra sua avaliação dos entes políticos. Todavia, no Brasil, muitos cargos públicos são ocupados por meio de concurso, e, também os concursados deveriam submeter-se à avaliação popular, para que seu desempenho e conduta fossem averiguados, tendo em vista que, ocupando cargos públicos, devem servir ao povo brasileiro, independentemente da maneira pela qual ingressaram no serviço público, tendo como base a premissa de que o Estado existe para servir o povo, guiando-se sempre pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Independentemente de haver accountability em relação aos concursados, a accountability encontra impasses mesmo no que diz respeito aos eleitos. Em primeiro lugar, vivemos num governo do povo no qual o povo não tem o verdadeiro poder decisório. Isto, além de tornar a accountability essencial, faz da democracia uma forma de governo no mínimo hipócrita, na qual ocorre o oposto de seu objetivo: as decisões que determinam o

curso da nação não são tomadas pelo povo, e sim por uma elite política, com características sociais distintas da massa dos eleitores. Na prática, não há sequer uma democracia, mas sim uma demagogia, forma degenerada de governo de muitos, segundo Aristóteles.

Um desses impasses reside na pouca disposição que os constituintes têm de fiscalizar seus representantes, seja pela complexidade das questões públicas, seja pelo desapontamento com o sistema representativo e, principalmente, pelo fato de que a vida privada configura-se tão repleta de afazeres que pouco ou nenhum tempo resta para exercer o direito de receber a prestação de contas, e disto resultam apatia política, quando não resulta em uma politização vazia de informações verídicas, caracterizada apenas por “paixões”, onde cada grupo defende seu político como defende seu time de futebol favorito; além de absurdos políticos que parecem ter se tornado banais. Nas palavras de Luís Felipe Miguel, “as esperanças depositadas na accountability (vertical) não encontram mas do que uma pálida efetivação na prática política” (p.27)

Além disso, a accountability encontra obstáculo na multifuncionalidade dos mandatos eletivos: o representante político deverá atuar em centenas de processos legislativos, sobre os mais diversos temas, e isso dificulta o acompanhamento do eleitor, que, conforme explicado acima, absorve-se nas questões de sua vida privada. Esta multifuncionalidade implica, portanto, múltiplas prestações de contas, e o eleitor não apenas não consegue acompanhar isto, como acaba desviando seu foco apenas para o controle de corrupção. Na lição do autor estudado: “É frequente, então, a adoção de estratégias de redução do significado da accountability, transformando a interlocução sobre alternativas políticas em mera avaliação impressionista do impacto da ação governamental na vida de cada indivíduo, como faz Downs (1957). Ou, então, limitando a accountability a formas de controle sobre a corrupção (...)” (p.29)

Nas questões tributárias, isto é de veras prejudicial ao funcionamento da democracia, pois os constituintes devem estar atentos não somente ao desvio dos recursos públicos, mas também em como eles são aplicados, ainda que licitamente, tendo em vista que a aplicação dos recursos públicos deve obedecer aos requisitos e princípios do direito administrativo, como necessidade, utilidade, possibilidade e, principalmente, razoabilidade.

A accountability não existe como ferramenta apenas para evitar e punir a corrupção, mas para direcionar as condutas dos governantes de acordo com a vontade popular, e principalmente de acordo com a necessidade popular. Não é porque determinado ato é lícito, que deveria ter sido praticado: deve se ater à necessidade da situação de acordo com a

possibilidade dos recursos públicos, seguindo prioridades em meio à crise econômica que estamos vivenciando desde 2014.

Ora, de acordo com o Código Tributário Nacional, o tributo é uma prestação pecuniária compulsória (art.3º), ou seja, retirada do contribuinte independentemente de seu consentimento, portanto, num Estado Democrático de Direito efetivo, o contribuinte não apenas deve ter um certo controle sobre a corrupção, isto é o mínimo, mas também deve ter direito à aplicação desses recursos de acordo com a necessidade popular e o interesse público. Este lado da Accountability vem sendo obscurecido em detrimento de discussões sobre a corrupção, desde as manifestações de 2013 até a operação Lava-Jato, e, segundo o autor de “Impasses da Accountability”, apesar de tornar a aplicação da accountability mais fácil, rebaixa a democracia, posto que se abre mão da ideia de “governo popular”. Avaliar e punir os governantes corruptos é banal para o funcionamento efetivo de uma democracia, mas direcionar suas condutas de acordo com a vontade popular e o interesse público consiste na verdadeira essência democrática.

## **5. DA IMPORTÂNCIA DA VINCULAÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A ACCOUNTABILITY**

Como bem observou Fernando Ferreira Castellani, os tributos são classificados mediante três critérios: I – vinculação a uma atuação estatal; II - presença ou ausência de destinação específica; III – se o tributo será restituível ao contribuinte (CASTELLANI, Fernando Ferreira; p.63:2006). O único tributo cuja destinação não é específica, no ordenamento jurídico brasileiro, é o imposto, no qual a vinculação é expressamente vedada pelo artigo 167 da CF/88.

Kyoshi Harada frisa que a obrigação tributária extingue-se com a satisfação do crédito tributário e que é irrelevante ao contribuinte “a ulterior destinação do recurso financeiro ingressado”. Embora o autor se refira aos impostos, espécie não-vinculada, devemos ter em mente que o contribuinte é também cidadão, tutelado pelo Estado, nos termos da Teoria do Contrato Social. Logo, é salutar para a democracia que o contribuinte esteja de olhos abertos aos tributos, desde sua instituição até a efetiva aplicação do recurso arrecadado, para que se evite desvio de finalidade ou mesmo uma aplicação lícita, mas desnecessária.

Em seu célebre livro, “O Príncipe”, Maquiavel nos diz: “Quando se está presente, veem-se originar as desordens e pode-se rapidamente remediá-las; do contrário, dessas desordens só se saberá quando nenhum remédio mais houver” (p.43). Um tributo que

já nasce com destinação específica de seu produto é, desde a origem, uma arrecadação que se predispõe a obedecer o princípio do interesse público, pois torna a fiscalização pelos cidadãos relativamente viável em meio a todos os impasses que esta encontra, desde a complexidade das questões públicas até a abundância das atividades privadas.

A principal crítica à vinculação de receitas é que “recursos excessivamente vinculados são sinônimos de dificuldade, pois podem significar sobra em programas de menor importância e falta em outros de maior prioridade” (GIACOMONI, James. Orçamento público. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 80). Embora seja verídica esta afirmação, no contexto da realidade brasileira, não há que se falar em “sobra de recursos” em áreas como saúde, educação e segurança pública, nas quais a precariedade é diretamente proporcional à essencialidade das mesmas. Além disso, conforme supracitado, um tributo que nasce com destinação específica é, desde logo, um meio facilitador da Accountability, pois possibilita aos cidadãos-contribuintes que verifiquem se a aplicação de tal recurso foi lícita, e, sobretudo, coerente, direcionando assim a aplicação de receitas tributárias em direção à necessidade popular.

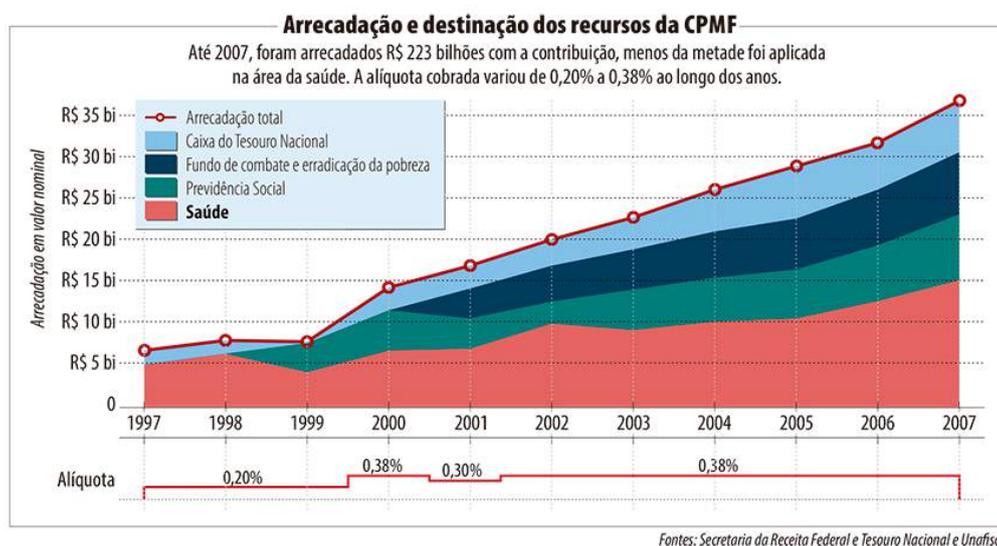
## **6. VINCULAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES E O CASO DA CPMF**

As contribuições são uma espécie de tributo de natureza vinculada, cujas finalidades são expressamente previstas na CF/88. Segundo Andrei Pitten Veloso, neste ponto reside a única diferença entre uma contribuição e um imposto, logo, uma contribuição não-vinculada não seria apenas inconstitucional, como também não seria uma contribuição propriamente dita, mas sim um imposto vulgarmente travestido de contribuição.

Nas palavras de Humberto Ávila “O que existe no regime jurídico-constitucional das mesmas (contribuições) e lhes confere identidade específica é a circunstância de serem instrumento para a promoção de finalidades constitucionalmente postas em caráter permanente”. Por conseguinte, resta evidente que uma contribuição vinculada é nitidamente inconstitucional.

Ao analisar o sistema tributário do ordenamento jurídico nacional, podemos perceber que, quanto mais excepcional é um tributo, mais vinculado ele é, a exemplo dos empréstimos compulsórios, do imposto extraordinário guerra e das contribuições de melhoria, cujos produtos são destinados a remediar ou custear as situações sobre as quais esses tributos incidem, e ao contrário do que ocorre com a maioria dos impostos, que são tributos de aplicação costumeira.

A despeito desse pensamento, a CPMF, Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, apesar de ser uma contribuição, o que presume vinculação a uma finalidade específica, não obedeceu essa característica. Vigorando entre 1997 e 2007, a CPMF incidiu sobre movimentações bancárias, salvo transferências para contas de mesma titularidade, negociações de ação na bolsa e saques de aposentadorias, seguro-desemprego e salários. Apesar de ter sido criada para possibilitar melhorias na da saúde, menos da metade da arrecadação da CPMF foi aplicada nessa área, conforme o gráfico abaixo, disponibilizado pela própria Receita Federal, violando a característica básica de uma contribuição e, por conseguinte, tornando-se inconstitucional.



## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira, “Quando o Estado investe sobre o patrimônio particular, prestando ou não uma atividade específica, mas sempre exigindo determinada quantia em dinheiro, fala-se em tributo” (2006:95). A principal característica de um tributo é a sua compulsoriedade, de modo que, num Estado Democrático de Direito, aquilo que é tirado à força de um contribuinte deve ser posto ao dispor de sua análise, para que este, na sua posição de cidadão, reconduza ou não aos cargos públicos os seus administradores, de acordo com o desincumbir de cada um, e conduza ao progresso sua pátria de acordo com uma utilização dos recursos públicos voltada para a Vontade Geral.

A vinculação de um tributo, isto é, a necessária presença de uma destinação específica, torna o possível o controle de uma nação populosa sobre seus próprios recursos,

pois, sabendo-se para onde deve ir o dinheiro, torna-se mais fácil averiguar porque o recurso não foi para onde deveria ter ido. Desse modo, a vinculação tributária é um meio facilitador da accountability vertical em meio à complexidade das sociedades contemporâneas.

Deve haver, em todo tributo vinculado, critérios mais rígidos quanto à sua destinação, para que não se repita o lamentável episódio da CPMF, onde, com arrecadação de 223 bilhões, menos da metade deste produto foi aplicado na área sua destinação específica: a saúde.

Os contribuintes, que também são cidadãos, devem ter em mente que se, conforme o texto constitucional, todo poder emana do povo, é direito do povo receber toda prestação de contas dos seus recursos, principalmente dos tributos pagos. A destinação específica de um tributo, desde o seu nascimento, torna possível a Accountability, isto é, um controle razoavelmente alto e viável dos jurisdicionados sobre os administradores de Estado, tão essencial em democracias representativas como o Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República, 1988

MAQUIAVEL, Nicolau; O Príncipe, 1553.

HOBBS, Thomas; O Leviatã, 1651.

FREIRE, Reis; Formas de Governo.

WEFFORT, Francisco C. Os Clássicos da Política, vol.1, 2001.

VELLOSO, Andrei Pitten. Teoria Geral das Contribuições, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro, 2006.

BELTRÃO, Irapuã; Curso de Direito Tributário.

MIGUEL, Luís Felipe; Impasses da Accountability.

## CAPÍTULO 12

### A PERSONALIDADE JURÍDICA DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO.

Fernanda Furquim da Silva<sup>100</sup>

Kildare Rafaella da Silva<sup>101</sup>

Alessandra Costa<sup>102</sup>

#### INTRODUÇÃO.

Os animais são utilizados desde os primórdios da humanidade para fins de subsistência humana e, com a Revolução Científica no século XVI, passaram a ser utilizados de forma mais expressiva, também, na pesquisa, não importando muito valores de restrição ao sofrimento destes, mas somente na busca de conhecimento e descobertas científicas. No entanto, a partir de 1970, grupos de proteção à vida animal veem lutando arduamente para que tais estudos não sejam mais realizados, devido aos graves danos que causam a vida das espécies, levando, na maioria das vezes, a morte. Existiam discordâncias tanto filosóficas quanto científicas a cerca dos direitos dos seres não humanos, e se os mesmos possuem consciência do que ocorre ao seu redor, mas nos dias atuais podemos dizer que cientificamente já é comprovado e atestado a consciência destes e de sua capacidade de compreender o que ocorre ao seu redor assim como em sentir sofrimento. Desse modo, perante a nova visão que a ciência tem dos animais, não é compreensível a busca pelo reconhecimento destes na esfera jurídica?

Sabemos que o que difere a espécie humana (taxonomicamente<sup>103</sup> *Homo sapiens*<sup>104</sup>), dos seres não humanos, biologicamente e antropologicamente, é o grau da capacidade de pensar, agir e a consciência dos seus atos praticados, no entanto, isso não afasta a grande

---

<sup>100</sup> Estudante do quarto período do Curso de Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP.

<sup>101</sup> Estudante do quarto período do Curso de Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP.

<sup>102</sup> Professora de Direito Civil do IESP-FACULDADES

<sup>103</sup> Taxonomia (do grego antigo τάξις *táxis*, arranjo e nomia νομία, método) é a disciplina biológica que define os grupos de organismos biológicos, com base em características comuns e dá nomes a esses grupos.

<sup>104</sup> Goodman M, Tagle D, Fitch D, Bailey W, Czelusniak J, Koop B, Benson P, Slightom J (1990). «Primate evolution at the DNA level and a classification of hominoids».

semelhança contida entre as varias espécies com a dos humanos. Para tanto, muitas organizações defensoras dos animais afirmam que sim, os animais devem ser reconhecidos no âmbito jurídico além de “coisas”, e defendem que todos devem possuir direitos, entre eles o direito a serem cuidados e respeitados, além de apoiarem o fim dos matadouros, reservas particulares, do desmatamento, e o direito a vida dos animais.

Alguns países já reconhecem os direitos dos animais, como por exemplo, a Nova Zelândia que reajustou a colocação dos animais frente ao direito, utilizando terminologia *senciente*<sup>105</sup>, adotada em muitos outros países europeus.

Assim, retira-se a concepção de que animais são, de acordo com a terminologia jurídica, coisas ou bens, passando-se a considerá-los como seres vivos não humanos, capazes de expressar sentimentos e sentir dor, passando-se a agregar a eles direitos que, até então, eram inerentes ao ser humano, como por exemplo, direito a liberdade e à vida.

No Brasil, de acordo com o Código Civil de 2002, os animais são considerados coisas e a doutrina se posiciona no sentido de que quando houver a atribuição de valor econômico, são reconhecidos como bens móveis conforme redação do Artigo 82 do Código Civil de 2002: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Nesse sentido o Supremo Tribunal de Justiça, no Processo REsp nº 1425943 / RN (2013/0414637-8) autuado em 13/12/2013, do IBAMA<sup>106</sup>, representado através da Procuradoria-Geral Federal, contra um civil, o senhor Moises Honorato de Oliveira, onde teve como Relator o Exmo. Senhor Ministro Herman Benjamin, que em sua decisão reconheceu os animais como objeto que merecem proteção, e levou em consideração o Principio da Razoabilidade ao julgar o processo favorável ao civil que manteve sob seus cuidados por mais de vinte anos, sem nenhum indício de maus-tratos, duas aves silvestres (araras) em ambiente doméstico, mesmo sem possuir licença ou algo que justificasse a posse das mesmas, o Exmo. Senhor Ministro em seu relatório cita que: “As aves já estavam em convívio com a família por longo período de tempo, com claros sinais de adaptação ao ambiente doméstico. Nessas condições, parece-me que a reintegração das aves ao seu habitat natural, conquanto possível, possa ocasionar-lhes mais prejuízos do que benefícios”, ou seja, ele leva em consideração o apego dos animais com seus “donos”, sua família, e que tal ruptura dos laços já estabelecidos poderia gerar graves danos as aves, sendo assim julgou

---

<sup>105</sup> Segundo o Doutor Gilson Luiz Volpato é a habilidade de subjetivamente experimentar dor, frio, conforto, desconforto, e conscientemente diferenciar estados internos como bons ou ruins, agradáveis ou desagradáveis. Ele é o Coordenador do grupo de pesquisas Centro de Estudos sobre Bem-estar Animal – CNPq - UNESP.

<sup>106</sup> Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

necessária a permanência da posse dos animais do Sr. Moises Honorato de Oliveira, embora a lei 5.197/67 no seu artigo 1º diga que esses animais fazem parte da fauna silvestre, e portanto, são de propriedade do Estado sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Frente a isto, hoje tramita, já em seus últimos passos, no Senado Federal um projeto de lei na qual retira dos animais a classificação como coisa e os adorna, em definitivo, como seres semoventes, ou seja, bens móveis. Contudo, poderá de fato a utilização desta nomenclatura e o “novo” reconhecimento dos animais perante o Código Civil depositar a estes todo o caráter que visa à terminologia senciente adotada por outros países? E, ainda, será que nosso sistema jurídico já não adotou essa compreensão de senciencia apesar do novo Código Civil se ausentar de desenvolver tal matéria?

## **1. ANIMAIS PERANTE A SOCIEDADE.**

### 1.1- O que são os animais para a espécie humana?

Poderíamos responder que para alguns são entes queridos, familiares, filhos, mas para outros são meros companheiros, uma alimentação nutritiva, cobaias, reprodutores de qualidade e, por fim, uma espécie inferior. Mas seria completamente equivocado aceitar isto e, se essas fossem as respostas, é certo que estaríamos fadados à própria extinção. Os animais são parte do que somos e, mais que isso, é o que mantém a Terra em equilíbrio. Mas como?

É parte do que somos porque são dotados de vida e também, obviamente, morrem, porque através da similaridade do sistema interno de seus corpos ou até mesmo de sua fisionomia somos capazes de ver neles as mesmas reações, ao contato com elementos naturais ou produtos químicos, por exemplo, que ocorreriam a nós. É parte de nós porque eles também são dotados de sentidos, tais como a dor, felicidade e medo. Eles compreendem o mundo ao seu redor assim como os humanos e podem demonstrar seus interesses por gestos e reações contrárias a que se estão sendo estimulados. São capazes de ser tão semelhantes a nós que algumas espécies de primatas, tais como os chimpanzés, tem 99,4% de seu DNA similar ao humano, como comprova estudos científicos. Em entrevista o neurologista da Universidade de Oxford, Franz-Xavier Neubert, afirma: “Essas comparações são muito importantes porque, quanto mais compreendemos a mente animal, mais entendemos sobre nós mesmos”.

Para tanto, não se pode discordar que o fluxo cada vez maior de descobertas científicas empreendidas e de sucesso se deve graças à utilização de cobaias animais, tanto no campo da

saúde quanto o da autocompreensão, os animais tem desenvolvido um papel importantíssimo que a si próprios não interfere em nada a não ser a supressão de sua liberdade e dor.

No mundo em que vivemos, depois de tudo que foi compreendido, pode-se afirmar que não existiríamos se não houvesse animais e para atestar isso se pode observar que toda vez que uma espécie entra em extinção é visível a ruptura gerada tanto na fauna quanto na flora e, mais que isso, o quanto esse fato atinge o modo de vida humano, às vezes não de forma direta, mas agride toda uma cadeia alimentar e evolutiva, um ecossistema inteiro, criado a partir do trabalho de cada membro, cada espécie tem sua função e na falta de uma podemos ter um colapso. E também, é como se nós, seres humanos, perdêssemos mais uma peça do enorme quebra-cabeça que é o Universo, perdêssemos mais uma chave para que a humanidade compreenda o mundo em que vive e aos seus “vizinhos” não humanos.

“O que é o homem sem os animais? Se os animais se fossem, o homem morreria de uma grande solidão de espírito. Pois o que ocorre com os animais, breve acontece com o homem. Há uma ligação em tudo”. (Chefe Seattle - da etnia indígena Duwamish).<sup>107</sup>

Podemos observar a importância que uma espécie desenvolve quando sentimos na pele a sua ausência. No ano de 2014 o Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Mamíferos e Carnívoros (CENAP) desenvolveu um estudo capaz de diagnosticar o risco a que sofria as onças-pintadas uma vez que existiam 250 de sua espécie, o que representava uma redução de 80% durante os últimos 15 anos. A onça-pintada faz parte do topo da cadeia alimentar na Mata Atlântica e a sua extinção poderia acarretar no desequilíbrio populacional de suas presas, como as capivaras e veados, e no próprio fim do bioma, Mata Atlântica.

Portanto, é mais que translúcido a necessidade da existência dos animais, e o quanto uma única espécie está pecando ao acreditar serem superiores as outras. Então, qual a dificuldade de aceitar que essas “criaturas brutas” necessitam ser respeitadas e preservadas? Que precisam ser compreendidas de forma superior a simples objetos a serviço do homem, muito além da insalubre terminologia “coisa” e “semovente” adotada pela doutrina e pelo Código Civil?

“Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram já que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho

---

<sup>107</sup> Santana, Luciano Rocha. Oliveira, Thiago Pires – Guarda Responsável e Dignidade dos Animais (Editora Evolução – 2006 Pag.1).

de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade do os sacrum<sup>8</sup> são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma - que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer?" (BENTHAM, 1823, apud SINGER 2004, p.9).

Foi-se necessário novamente que a França levantasse o estandarte da liberdade e demonstrasse, por um feito histórico, o caminho a ser seguido. A mudança no Código Civil francês nada mais resultou que a aceitação dos animais como sujeito de direitos, como sencientes, ou seja, deu aos animais direitos para sua proteção e retirou deles o uso associado a objetos sem vida, coisas, mas proporcionou a estes não humanos a dignidade que os próprios não poderiam exigir.

“Dessa forma, os animais não são mais definidos por valor de mercado ou de patrimônio, mas sim pelo seu valor intrínseco como sujeito de direito. (...) Finalmente os parlamentares levaram em conta o estado da ciência e ética de uma sociedade do século 21.”<sup>9</sup>

Além da França, podemos encontrar o mesmo reconhecimento da senciência animal através de outros países, como a Austria e a Nova Zelândia, e no ano passado, Portugal. A compreensão destes países, assim como seus posicionamentos, é a luz reformistas do direito dos animais e abolicionistas da vida escrava que os não humanos vem buscando desde Pitágoras, quando este defendia a alma e a proteção dos animais.

<sup>8</sup> Sacrum – do latim – segmento da coluna vertebral que faz parte da pelve; articula-se com a última vértebra lombar, o cóccix e o osso do quadril de cada lado (medical dictionary – <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/os+sacrum>).

<sup>9</sup> Agencia Nacional de Direitos Animais (ANDA) - Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes (<https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>).

## 2 – Senciência.

“(...) se um ser sofre, não pode haver justificação moral para nos recusarmos a levar em consideração o seu sofrimento. Seja qual for a natureza do ser, o princípio da igualdade

exige que o seu sofrimento conte o mesmo que o sofrimento semelhante de qualquer outro ser. (...) O racista viola o princípio da igualdade ao dar mais peso aos interesses dos membros de sua própria raça. Da mesma maneira, o especista admite que os interesses de sua própria espécie suplantem os interesses mais fortes dos membros de outras espécies. O padrão é o mesmo nos dois casos. Na sua maioria, os seres humanos são especistas” (SINGER, P. “Todos os animais são iguais”, in: GALVÃO, Pedro. Os animais têm direitos?, p. 34)

A *senciência* é a nomenclatura cujo significado atesta a presença de estados mentais que acompanham as sensações físicas, considerado um estímulo que só se encontra em seres do reino animal, sendo que o sinal mais reconhecido para o entendimento que aquele ser é *senciente* é a dor. É a nomenclatura principal para se entender e defender o direito dos animais.

A *senciência* é um conceito que integra os termos “sensibilidade” e “consciência”. Ser *senciente* é atestar que se tem *consciência*, pois “é a capacidade de ter experiências”, assim, “um ser *senciente* é um sujeito de experiências, isto é, uma entidade capaz de experimentar aquilo que lhe acontece”.<sup>10</sup>

Deste modo, os animais são seres *sencientes* porque são capazes de sentir dor, prazer, angústia e alegria, mas, além disso, são capazes de ter *consciência* desses sentidos através da experiência vivida.

A *senciência* teve início desde que alguns filósofos e antropólogos constataram que os animais podem sim possuir semelhanças nos sentidos a que os humanos tem.

<sup>10</sup> *Ética Animal – o que é *senciência** (<http://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/introducao-a-senciencia/senciencia-animal/>)

### 3 - Preceitos filosóficos.

A doutrina brasileira em sua maioria adota a concepção *antropocêntrica*<sup>11</sup>, assim, há uma compreensão hierárquica entre as espécies, e os animais humanos são superiores a todos os outros. Desse modo, ocorreria uma domesticação do homem para que se cuidasse da fauna uma vez que é necessária à vida humana. Portanto, os animais assim como as plantas são de importância inferior uma vez que o homem é a espécie dominante e a partir dele os outros

seres vivem para servi-lo. Cabendo o entendimento de que as plantas são inferiores aos animais enquanto estes são inferiores, e a serviço, do homem.

O antropocentrismo, que influenciou tanto a moral quanto ao direito, se compreende que tem sua origem desde que o Homo Sapiens transita na Terra, uma vez que, apesar de surgir somente no fim da Idade Média, com o desenvolvimento e melhor aceitação da ciência, teve sempre seus valores acobertados por outros paradigmas e dogmas, mas que compunha um fim principal, o homem como centro. Pode-se reconhecer isto quando é analisado o teocentrismo, cuja concepção também adorna os animais humanos como centro e dominadores de todos os outros seres, extremamente marcante na construção ideológica cristã, pois posiciona este a imagem e semelhança de Deus e, portanto, que “domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves do céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra”.<sup>12</sup>

Esse retrato renascentista da antropologia baseou-se na razão humana e na ciência, desenvolvendo assim a evolução acelerada deste último.

<sup>11</sup> Antropocentrismo - forma de pensamento comum a certos sistemas filosóficos e crenças religiosas que atribui ao ser humano uma posição de centralidade em relação a todo o universo, seja como um eixo ou núcleo em torno do qual estão situadas espacialmente todas as coisas (cosmologia aristotélica e cristã medieval), seja como uma finalidade última, um *télos* que atrai para si todo o movimento da realidade (teleologia hegeliana). (Dicionário Houaiss)

<sup>12</sup> Genesis 1:26 – Biblia

Apesar de muitos filósofos, até mesmo antes da construção antropológica e teocêntrica, como Pitágoras (580-500 a.c)<sup>13</sup>, já defenderem os animais e entenderem que estes têm sentidos, sentimentos e, até mesmo, alma, só foi pelos estudos de Charles Darwin que passou a se compreender o ciclo biológico e a semelhança que os animais possuíam para com o homem.

Darwin (1809-1882) inicia o estudo dos animais e sua semelhança com os humanos demonstrando que esses são sensíveis ao mundo a sua volta de mesmo modo aos homens. E é graças a seus estudos que se direcionou a ciência ao que conhecemos hoje. No entanto, apesar de sua influencia científica que resultou, em sua maioria, no que assimilamos nos tempos atuais e de seus estudos reconhecidos, parece-se que o meio jurídico nunca aceitou Darwin

mantendo a compreensão de que as leis são para os homens por serem feitas pelos homens, desse modo, Heron José de Santana Gordilho afirma<sup>14</sup>:

“a despeito do enorme prestígio que Darwin desfruta no mundo científico, os juristas seguem operando com institutos que se chocam frontalmente com os postulados evolucionistas. Para o mundo jurídico é como se Darwin nunca houvesse existido.”

Contudo, mesmo com os postulados de Darwin e Bentham, só foi nas últimas décadas que surgiu uma teoria capaz de se opor ao antropocentrismo e ainda se encontrar vigorante.

O biocentrismo, ou para alguns, ecocentrismo, defende uma visão jurídica diversa, baseando-se na ética animal para contestar o antropocentrismo. Difunde-se pela “necessidade de mudanças no sentido de valorizar não apenas o bem estar do homem, mas também das outras formas de seres vivos, implicando nisso o bem comum, o bem de todo o planeta”<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Pitágoras foi figura central do animismo e defendia os animais a ponto de compreender que estes deveriam ser respeitados, pois tinham o mesmo tipo de alma que a dos humanos.

<sup>14</sup> Barão, Marina Luzia Dorigo – A personalidade jurídica dos animais (monografia, pg 65)

<sup>15</sup> Prada, I. L. S. Animais são seres sencientes, In Stroppa, Tatiana; Viotto, Thaís Boonem – AntrocentrismoXBiocentrismo: um empate importante (revista Ética Animal, pg 123).

Assim sendo, esta corrente defende que todas as formas de vida são igualmente importantes e representam um papel significativo no ecossistema. Portanto, não há superioridade entre espécies, todas as vidas estão no centro (do grego bios, “vida”; e kentron, “centro”). O biocentrismo é a corrente minoritária base que defende os direitos dos animais na busca do bem estar destes.

Partindo dessas correntes, o filósofo e professor da Universidade da Carolina do Norte, líder intelectual do movimento pelos direitos dos animais, Tom Regan, defende que existe três teorias as quais os seres humanos adotam quanto aos seres não humanos:

3.1- Teoria Conservadora – Defende que se deve permanecer do modo a que se encontra o direito positivado, pois os animais não podem ser sujeitos de direitos e o direito é uma natureza privativa dos animais humanos. Um dos pilares dessa teoria é o antropocentrismo e o criacionismo. Uma visão desta corrente são as palavras de Jan Naverson:

“A moralidade, para ser racional, tem de corresponder a acordos entre pessoas. (...) Os animais são essencialmente incapazes de atividade moral. Se adotarmos restrições morais em relação aos animais, parece que isso será algo necessariamente unilateral: os animais ganham tudo e nós não ganhamos nada. (...) Os animais não têm direitos básicos. Não precisamos de lhes estender esse estatuto, pois não poderíamos fazer um acordo mutuamente benéfico com eles mesmo que quiséssemos e, além disso, não temos nenhuma razão para fazê-lo. A perspectiva antiga e do senso comum segundo a qual podemos usar os animais como nos convier é a correta” (NAVERSON, J. Moralidade e animais, idem, p. 96).

3.2- Teoria Reformista – Defende a proteção dos animais e da conservação do seu bem-estar, difundindo que este bem-estar deve se encontrar como busca superior ao dos direitos individuais dos humanos seguindo o princípio da igual consideração dos interesses<sup>16</sup>, ou seja, se preocupa com um tratamento humanitário e a eliminação de sofrimento, uma vez que todos os seres vivos têm direito à vida e a liberdade. Corrente defendida pelo filósofo Peter Singer que ao publicar *Libertação Animal* em 1975, alega que pelos seres humanos serem conscientes tem a obrigação de respeitar todas as outras

<sup>16</sup> Barão, Marina Luzia Dorigo – A personalidade jurídica dos animais (monografia, pg 69-70)

formas de vida.

“O que devemos fazer é transportar os animais não humanos para a esfera da preocupação moral e deixar de tratar as suas vidas como banais, utilizando-as para quaisquer fins que tenhamos em mente.” (Singer – *Libertação Animal* – 2008, pg.18)

Portanto, a busca de uma melhor qualidade na vida dos não humanos não significa que estes não serão utilizados como alimentos ou para pesquisas científicas, é basicamente a busca de meios que comporte a ausência de sofrimento ao convívio dos interesses dos seres humanos.

3.3- Teoria Abolicionista - Pensamento radical que defende a abolição da escravidão animal, compreende a libertação dos animais não humanos para que possam ter o direito de “experimentar a experiência do viver” uma vez que são sujeitos de vida.<sup>17</sup>

Deve haver a ruptura total do antropocentrismo e a reformulação de valores morais para que se tenha um respeito eficaz à vida dos animais não humanos. É a corrente que se baseia na completa proteção do direito dos animais equivalendo aos direitos dos seres humanos.

Assim, os interesses do homem deve se sobrepujar rejeitando o mínimo de bem-estar que poderia reconhecer, mas aceitando que os animais não são meios, são fins em si mesmos, ou seja, não podem ser objeto de manipulação, pois possuem vida e, para tanto, tem valores próprios.<sup>18</sup> Pelas palavras da Presidente do Instituto Abolicionista Animal, Danielle Tetü Rodrigues, é possível compreender que aos animais é depositado direitos fundamentais:

“O Animal possui direito à vida, exatamente por isso, precisa ser respeitado. Em outras palavras; é obrigatório compreender o direito a vida dos Animais não-humanos igualmente ao direito dos humanos, ou seja, há de ser reverenciada a vida em sua existência até os limites naturais. Seres sensíveis, com capacidade de sofrer, independentemente do grau da dor ou da capacidade da manifestação, devem ser respaldados pelo princípio da igualdade e fazem jus a uma total consideração ética.

<sup>17</sup> Barão, Marina Luzia Dorigo – A personalidade jurídica dos animais (monografia, pg 72)

<sup>18</sup> Barão, Marina Luzia Dorigo – A personalidade jurídica dos animais (monografia, pg 73)

Infligir dor aos animais não-humanos não desculpa qualquer tese de domínio dos interesses do homem, sobretudo quando o fim é a lucratividade.” ( Danielle Tettü Rodrigues, In. Barão – A personalidade jurídica dos animais - pg 75)

A personalidade jurídica.

#### 4.1- Sujeitos ou Objetos?

*Sujeito* é todo ser dotado de direitos e deveres que ao possuir personalidade jurídica pode provocar o judiciário para atingir sua pretensão ou proteger seus direitos inerentes. Não significa necessariamente que tem capacidade para exercer seus direitos, uma vez que todo indivíduo possui direitos à sua personalidade que os protege desde o nascituro, logo, aqueles que não possuírem capacidade de fato podem ser representados judicialmente.

Os *objetos* são tudo aquilo que se põem como bem a que possa ser restituível, doado, exercido ou entregue, ou seja, é o bem que será direito de um e dever de outro no vínculo jurídico. É o objetivo a que se criou a prestação.

Portanto, parte da doutrina defende que os animais são objetos por não possuírem personalidade jurídica e, para tanto, seria impossível que um cachorro, por exemplo, entrasse

com uma ação contra um ser humano. São seres desprovidos da capacidade de provocar por si só o meio jurídico e atingir sua pretensão por isso se tornam despersonalizados o que dificulta a aceitação quanto sujeitos. Até porque a norma no artigo nº 82 do Código Civil já os considera bens móveis para sua utilização como objetos numa relação jurídica.

Muito embora já se reconheça direitos morais a animais não humanos, esses continuam a ser tratados pelos sistemas legais como propriedade dos humanos e, por isso mesmo, os animais não humanos não detêm direitos legais, não são sujeitos de direitos, apenas objetos de direitos. São defendidos somente como propriedade de alguém que seja um sujeito de direitos (Souza, G., 2004, p.275-276).

Mas qual seria o problema de torná-los sujeitos de direito uma vez que o Tratado dos Direitos dos Animais de 1978, do qual o Brasil é signatário, já os cobre com uma gama de reconhecimentos cuja função cabível ao homem é mantê-las para proteger esses seres não humanos? Sendo o mais expressivo reconhecimento apresenta-se no tocante do artigo 14 do referido Tratado: “ b) Os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens” .

Será que o único motivo para a falta de reconhecimento de seus direitos quanto sujeitos seja porque eles não podem se expressar oralmente? Ora, se crianças podem ser representadas e pessoas jurídicas, que não são naturais e sua personalidade é reconhecida para se facilitar as relações jurídicas e a defesa de seus direitos assim como das pessoas naturais que irão se vincular a elas, logo então, qual seria a dificuldade de entender uma personalidade, mesmo que desprovida jurisdicionalmente, para ter seus interesses representados?

Como já foi exposto, parte da teoria reformista dos animais defende que estes podem ser sujeito, uma vez que a eles são incorporados direitos tanto de defesa à integridade física e liberdade quanto à própria vida. E essa concepção é defendida devido a muitos dispositivos, tais quais as leis nº 5.197/67 e nº 9.605/88 e inclusive na Constituição Federal, que concedem aos seres não humanos direitos para sua proteção. Tal qual o art. 225, VII, da Constituição Federal que defende a proteção dos animais, de sua integridade física, depositando dever ao Estado em atuar buscando este fim.

*“Art.225 § 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.”*

Para tanto se pode entender que os animais são sujeitos por possuírem direitos e por ser uma característica de sua personalidade enquanto seres com vida, mas são despersonalizados juridicamente sendo a eles a necessidade de representação, como ocorre quando o Estado, sob o encargo do Ministério Público, entra com uma ação para defender os interesses naturais de animais selvagens, domesticados ou domésticos, quando a estes são negado sua liberdade através, por exemplo, de cativeiros ilegais, tanto em ocorrência de tráfico quanto para o deleite de um indivíduo, ou para a proteção do mínimo existencial destes em zoológicos, assim como ocorreu com o pedido de habeas corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça no ano de 2005 na capital da Bahia. O juiz de Direito Edmundo Lúcio da Cruz, que naquela época compunha a 9º Vara Criminal, acredita que os animais poderiam ser considerados sujeitos de direitos. Porém, infelizmente, com a morte da chimpanzé, o processo se extinguiu sem julgamento do mérito. No entanto, em sua decisão, o juiz afirmou:

“Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos modernos.”

Portanto, como aponta Ana Carla Patriota Silva Leite em seu artigo:

“Entende-se com isso que os seres não humanos podem ser considerados sujeitos de direito, uma vez que são titulares de relação jurídica. Nesse sentido, podem ser equiparados aos incapazes, em que os dispositivos da lei cível, ao garantir seus direitos mediante representação ou assistência, incumbem assim, que outra pessoa aja em nome dos animais.”

Como apresenta o trecho acima, não poderia o Estado os representar se a eles não coubessem direitos, logo então, por qual motivo não podem os seres não humanos possuir um Código de Defesa próprio ou um Estatuto, assim como as crianças possuem? Se já há a compreensão da existência da capacidade de a eles ser adornado direitos, sob sequencia lógica, o capítulo seguinte será a incorporação de um estatuto próprio a estes seres.

#### 4.2- Bens ou coisas?

No Código Civil não temos uma nomenclatura específica aos animais não humanos, a norma se isenta de um uso exclusivo, comportando somente um prático, como semoventes.

Para isso, parte da doutrina, como Pontes de Miranda adota, entende que são *coisas* qualquer elemento da natureza, com exceção do ser humano. E classificam-se como *bens* as coisas que podem ser objetos de direito ou de apropriação, ou seja, são aqueles a que se pode empregar interesse jurídico ou econômico. Portanto, “o solo, os móveis, semoventes (animais) e outros, passíveis de comportar conteúdo jurídico, seriam bens, enquanto espécie do conceito de coisa”.<sup>19</sup>

Mas outra corrente doutrinária, adotada por Orlando Gomes, defende que os *bens* são todos os objetos sensíveis que podem satisfazer os seres humanos, sendo de expressão econômica ou não. Para isso, alguns são amparados pela norma, e por isso são entendidos como bens jurídicos, enquanto que outros seriam bens somente na acepção gramatical da palavra. Já as *coisas*, seriam dentre aqueles classificados como bens jurídicos, os de forma material, como casas, veículos ou animais; enquanto que aos bens também se agregaria os bens imateriais como os direitos autorais, a honra ou a imagem.

No entanto, com o Projeto de Lei 3670 de 2015, aguardando a deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA), mas com seu viés conclusivo, os animais passarão a ter uma norma específica na qual adotará que este serão semovente, ou seja, ocorre a alteração da Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, o Código Civil, para determinar que os animais sejam considerados bens móveis, em exceção ao que estiver disposto em lei especial. Assim as controvérsias quanto à doutrina cessarão, mas, como já vem sendo apresentado, este modelo não comporta o entendimento de que os animais são capazes de sustentar direito tal qual a teoria biocêntrica, mas possibilita inserção futura a um estatuto próprio. Assim como o autor do projeto, Senador Antônio Anastasia, afirma:

<sup>19</sup>Neto, Sebastião de Assis; Jesus, Marcelo de; Melo, Maria Izabel – Manual de Direito Civil (Ed Juspodivm, 6ª edição - pg. 270).

“Alguns países europeus avançaram em sua legislação e já alteraram os seus Códigos, fazendo constar expressamente que os animais não são coisas ou objetos, embora regidos, caso não haja lei específica, pelas regras atinentes aos bens móveis. Isso representa um avanço que pode redundar no reconhecimento de que os animais, ainda que não sejam reconhecidos como pessoas naturais, não são objetos ou coisas”.

Desse modo, podemos acreditar que essa nova compreensão seja o primeiro passo para a inserção dos direitos dos animais no ordenamento jurídico e de fato, logo então, possamos acreditar numa proteção e numa punição devida para aqueles que não respeitarem a dignidade

dos animais não humanos. Como também acredita Marina Luzia Dorigo Barão e desenvolve ao citar que:

“Nas palavras de Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, “muitas das normas de “proteção dos animais” existentes, na realidade, apontam para uma inexistência legislativa, haja vista a lacuna normativa no que concerne ao conteúdo das mesmas”. Para ela, embora a Constituição vigente busque a proteção do meio ambiente, devem-se produzir, efetivamente, normas que protejam os animais não humanos, reconhecendo-os como seres sencientes”.

## 5. CONCLUSÃO

Como podemos constatar nos estudos e pesquisas apresentados neste Artigo, o simples fato do nosso Código Civil taxar os animais como meros objetos não os classificam como tal, pois o habeas corpus impetrado à chimpanzé Suíça mostra que os animais podem sim ser sujeitos de direitos. De fato, estamos longe de compreender o significado da terminologia senciante, e isto demonstra que teremos que progredir muito na área jurídica e no âmbito moral para proporcionar toda proteção que os animais merecem, pois acima de tudo, são seres vivos.

Sabemos que o que difere os seres humanos dos seres não humanos, biologicamente e antropológicamente, é o grau de sua capacidade de pensar, agir e a consciência dos seus atos praticados. Não obstante, a espécie humana (taxonomicamente<sup>108</sup> *Homo sapiens*<sup>109</sup>) evoluiu e seus modos foram adaptados a diversas situações conforme as necessidades se apresentavam e, de mesmo modo, ocorreu com os seres não humanos à medida que o seu ambiente foi se transformando, tanto naturalmente quanto pela intervenção humana. Diante disso e do que já foi constatado pela ciência, sabendo que os animais hoje em dia têm suas vidas integradas de forma mais conexa as dos seres humanos e que a continuação de sua existência é de extrema importância para o meio ambiente tanto quanto para os próprios seres humanos, logo, não seria correto e justo, aceitar que estes são sujeitos de direito uma vez que a eles já é depositado direitos para sua proteção na Constituição e nas leis ambientais?

Contudo, é um enriquecimento para o Brasil poder observar que se está havendo, ao menos, uma busca na reformulação moral e jurídica, e apesar da produção de normas que

---

<sup>108</sup> Taxonomia (do grego antigo τάξις *táxis*, arranjo e nomia νομία, método) é a disciplina biológica que define os grupos de organismos biológicos, com base em características comuns e dá nomes a esses grupos.

<sup>109</sup> Goodman M, Tagle D, Fitch D, Bailey W, Czelusniak J, Koop B, Benson P, Slightom J (1990). «Primate evolution at the DNA level and a classification of hominoids».

visem o reconhecimento dos animais quanto seres sencientes ainda não se esteja tramitando vemos que o debate sobre o assunto se encontra vivo e aberto.

## REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Deputado Federal Antônio. Projeto de Lei 3670 de 2015 - Senado Federal - PSDB/MG.

BARÃO, Marina Luzia Dorigo. A personalidade Jurídica dos Animais. Monografia à Universidade Tuiuti do Paraná, 2014.

**BRASIL.** *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

<https://www.anda.jor.br/2009/06/senciencia/>

<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/guardaresponsveledignidadedodosanimais.pdf>

[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2014/01/29/interna\\_ciencia\\_saude,410150/pesquisa-aponta-que-homens-e-macacos-tem-cerebros-quase-iguais.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2014/01/29/interna_ciencia_saude,410150/pesquisa-aponta-que-homens-e-macacos-tem-cerebros-quase-iguais.shtml)

<https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/166373742/animais-estatuto-de-senciente>

[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201304146378](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201304146378)

LEITE, Ana Carla Patriota Silva. Artigo “ SUJEITOS OU COISA: OS ANIMAIS SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL”.

LEVAI, Fernando Laerte. Direito dos animais. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

NAVERSON, J. Animais e moralidade. In: GALVÃO, Pedro. Os animais têm direitos? Argumentos e perspectivas. Lisboa: Dinalivro, 2010.

SANTANA, Luciano Rocha. Oliveira, Thiago Pires – Guarda Responsável e Dignidade dos Animais (Editora Evolução – 2006 Pag.1).

SINGER, Peter. Ética prática. 4. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SINGER, Peter. Todos os animais são iguais. In: GALVÃO, Pedro. *Os animais têm direitos?* Argumentos e perspectivas. Lisboa: Dinalivro, 2010.

SOUZA, Gustavo Vieira de Moraes. Personalidade Jurídica para os Grandes Primatas. In: Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis: Ethica, 2004.

## CAPÍTULO 13

### A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO FAMILIAR À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Matheus Bezerra de Souza<sup>110</sup>

Lara Celina Maia Mendes de Oliveira<sup>111</sup>

Taciane Oliveira Gondim<sup>112</sup>

Jean Patrício da Silva<sup>113</sup>

#### INTRODUÇÃO

Hoje vivemos em uma sociedade moderna e que passa por constantes mudanças no seio familiar, de maneira e costumes sempre em constante mudança, não tão longe, em nossa sociedade o casamento era a única forma de construir uma família.

Com o avanço dos anos, varias mudanças influenciaram na estrutura familiar, que surgindo e foram quebrando alguns “tabus” que existiam no passado, e hoje, legalmente defendidas pela constituição federal. Um exemplo muito recorrente é a igualdade entre os filhos, e como também a relação entre homem e mulher. Foram surgindo novo marco no ordenamento jurídico ,com avanços no campo do da família ,um bem que ate então não era atingido, por muitas vezes, serem contestadas na época, que, o estado estava em busca de atingir ate a forma de educação e a maneira de agir no âmbito familiar.

Com isso, tentamos da ênfase e mostrar nesse artigo focando na relação mais frágil dessa ralação familiar, que é a criança e o adolescente. Desta forma vamos mostrar e analisar a importância das medidas adotadas na constituição federal, nos tratados que levaram a tal reforma no ordenamento e nos artigos referente à família no código civil que levaram a

---

<sup>110</sup> Graduado em Direito pelo IESP-FACULDADES

<sup>111</sup> Graduada em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba ( IESP) Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Violência (NEPVIO)

<sup>112</sup> Aluna do curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba ( IESP) Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Violência (NEPVIO)

<sup>113</sup> Professor de Introdução ao Direito e História do Direito e Direitos Humanos do IESP- FACULDADES E DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA (ESMA-PB). Advogado. Mestre em História Social pela UFPB e Especialista em Ciências Criminais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Violência (NEPVIO)

criação da ECA, tudo isso voltado para a proteção das crianças e adolescentes em face do seus genitores, as responsabilidades a eles incubadas, se a ausência no cumprimento levaria a uma indenização, um reparo a parte lesada.

Como hoje as famílias se encontram cada vez menores, muitas vezes ligados a atividades diárias, vem levando por muitas vezes, por parte dos seus genitores, ou por ambos o chamado abandono afetivo, dentro do espaço familiar em relação aos seus filhos. Isso acaba gerando uma serie de problemas que vamos explicar nesse trabalho, como problemas ligados ao psicológico, sociais, que podem ser irreversíveis, prejudicando o seu desenvolvimento. Está realidade esta se tornando comum na nossa sociedade, com isso buscando enfatizar a importância no cuidado e na convivência familiar. Um tema que se torna muito importante e que muitas vezes é deixado no esquecimento ou visto de uma forma diferente, e se encontra presente em muitas famílias.

O presente artigo visando esse grande número de crianças e adolescentes presentes nesse cenário de ocorrências ligadas ao abandono afetivo, como essa negligencia é ligada aos genitores, se teria algum tipo de reparação civil por tal conduta a criança ou adolescente lesado, se a jurisprudência atual acolhe de forma positiva ou negativa pedidos referentes a esses casos. Pois ambas das partes tem o dever e a responsabilidade de educar, da atenção Afeto e carinho. Essa omissão geraria um dano moral, toda essa resposta deve buscar com o avanço no entendimento de cada jurisprudência, entendimento já acolhido pelos tribunais.

Mas para que chegamos a todo esse análise precisamos saber toda a evolução das famílias ao longo dos anos ate o dia de hoje, como se da, a responsabilidade civil dos genitores, como se da o abandono afetivo, a quem pode recair, como seria feita essa indenização, caso acolhida pela justiça, tudo isso para abordar no ponto principal se a responsabilidade civil familiar a luz do código civil e da jurisprudência pátria enseja qualquer tipo de dano moral no âmbito civil, como se da essa evolução em uma possível lide.

Com isso analisaremos o prejuízo causado a criança e ao adolescente por falta desse vinculo afetivo, tentando responder algumas perguntas, para o que vem acontecendo em nossa sociedade. Para que isso aconteça de forma complexa, esse estudo é realizado através de análise da doutrina brasileira em relação ao tema, do estatuto da criança e do adolescente, da constituição vigente e de posicionamentos jurisprudenciais as quais se baseio para a explanação do presente artigo em busca de um melhor entendimento sobre o tema abordado

## **1. FATOR HISTÓRICO**

A família tem um papel fundamental na sociedade desde os primórdios, e para começar a falar do tema abordado na pesquisa que é a negligência familiar enseja dano moral, precisamos entender um pouco de como a família vem se modificando.

A família tem uma função social de transmitir valores culturais, educar, determinar condutas que serão transmitidas por gerações. Tradicionalmente a família era concebida tendo a seguinte estrutura; o pai que era como a figura do poder autoritário e patriarcal, a mãe que era responsável pela educação dos filhos e os afazeres domésticos, e não tão longe da nossa realidade hoje, as mulheres não tinham o direito nem do voto, era realmente a figura de mulher que vivia para a família, para o lar. Mas com o avanço da sociedade e dos direitos fundamentais, os direitos adquiridos pelas mulheres se tornaram cada vez mais fortes perante a sociedade machista, levando a figura da mulher independente, a figura do homem na relação familiar no qual tinha o papel financeiro muito forte, e isso foi deixando de ser uma necessidade.

Bittar (1988, p.28) diz ser consequência inicial da isonomia conjugal a eliminação de todas as normas de tratamento diferenciado entre o marido e a mulher; assim como cederam lugar com a carta da república instituições de odiosa tradição sócia jurídica, como a chefia masculina da família, a corriqueira administração pelo homem dos bens conjugais e a sua exclusiva representação familiar. Em contrapartida, a mulher assume nova responsabilidade, precisando dividir com o marido ônus que só a ele estavam relacionados, como o de participar das decisões familiares e de contribuir financeiramente para a manutenção da família quando ela exerce uma atividade remunerada<sup>1</sup>.

Embora o Brasil guardasse algumas tradições oriundas do direito romano, passou a adotar suas próprias regras com o código de 1916 de onde o seu conceito básico continuava sendo regido pelas relações matrimoniais, com o homem no topo, nesse período considerava os filhos quanto a sua legitimidade, isso foi modificada na constituição de 1934 garantindo os direitos dos chamados “filho de criação” segundo a lei de número 833, de 1949 expondo de como deveria ser feito o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, e que tal ato era irrevogável e isso foi um marco, quebrando a chamada paz doméstica, e essas crianças e adolescentes que antes eram esquecidos, deixados de lado pelos seus genitores tiveram vez e garantias perante a família. E com a promulgação da carta magna de 1988 que passou a demonstrar que não era necessário o vínculo por meio do casamento para que fosse considerada uma relação, com isso reconhecendo pela primeira vez a união estável, entre outros direitos, como por exemplo, a igualdade entre os filhos. Com isso o estado começava a dar direito a parte mais fraca da relação familiar e dando foco a um preceito fundamental da

dignidade da pessoa humana e aos princípios de afetividade das relações entre os membros de uma família, com direitos e garantias.

Como vimos a evolução da sociedade e dos direitos garantidos por ela, não incentiva o aumento do número de membros, hoje a família moderna esta cada dia mais restrita a um numeram menor de membros, os filhos hoje acabam ficando em segundo plano, em um planejamento familiar, e quando, o tão sonhado filho chega a fazer parte e a ter direitos inerentes no plano familiar, acaba muitas vezes sendo deixado de lado pelos seus genitores. Segundo a constituição de 1988 artigos 226, da Constituição Federal de 1988, tem um papel muito importante no âmbito das conquistas que levaram a garantia familiar. Esta presente no seu caput “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o estado tenta nortear as relações familiares, no papel de tentar hoje, igualar todos os direitos no âmbito de novas relações familiares, presentes nem nossa sociedade, como os casais homossexuais que pretendem constituir uma família, os filhos de pais solteiros, tudo isso o ordenamento jurídico tem que se adaptar para a nova realidade e muitas dessas mudanças passaram a ser regulamentadas pelo código civil de 2002, que chega a flexibilizar essas condutoras que antes dessa lei era discriminada.

### 1.1 Responsabilidades dos genitores na relação

Para que uma família seja realmente firmada de direitos e deveres, os genitores devem perante seus filhos uma serie de responsabilidades inerentes do papel de responsáveis, como eles ainda são menores e não são emancipados. É dever de seu genitor tomar as decisões devidas, e a que lhe for necessária para o bem estar da sua prole, todos esses direitos são irrenunciáveis.

E essa responsabilidade é dada independentemente do vinculo matrimonial, basta à existência do vinculo, dos laços afetivos e de filiação. Os pais tem o dever solidário nas obrigações inerentes aos seus filhos menores, o que é exposto no artigo 21 do estatuto da criança e do adolescente o ECA, lei de numero 8.069/1990:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (estatuto da criança e do adolescente, 1990).

A parte mais frágua da relação familiar é a criança, pois precisa de uma base tanto financeira e material para sua sustentação, como os aspectos éticos e culturais que esse

vínculo afetivo paternal irá conceder, moldando para uma formação psicológica e ética, definidas através da relação criada entre as partes, de maneira muito importante esse convívio e necessário para uma boa formação. É dever dos seus genitores prover de processos educacionais, cultural, preparando esse novo cidadão para a vida em sociedade.

Vamos analisar os direitos e deveres inerentes aos pais em relação aos filhos, como os elencados no presente artigo 22 do estatuto da criança e do adolescente, lei número 8.069/1990, como também o código civil trás uma lista de obrigações inerentes aos pais, presentes no artigo 1634, que nada mais é do que, as prioridades presentes em alguns incisos dessa lei, tratando dos deveres inerentes aos pais, como os de representação do menor quando se fizer necessária até os 16 anos de idade, dependendo de a situação exercer a guarda compartilhada ou unilateral, como esta prevista no caput do artigo da lei número 10.406/2002:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Tudo voltando à responsabilidade ativa dos pais em relação a seus filhos, não deixando de lado o presente artigo já mencionado acima, que também trata de deveres inerentes aos pais, se tratando do artigo 22 da ECA:

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. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Esses presentes artigos do estatuto da criança e do adolescente impõe deveres, não só aos genitores e responsáveis, mais também os inerentes ao estado, no dever de cumprir e criar normas sobre a temática da proteção visando o melhor interesse do menor na relação, mesmo tendo em vista a sua incapacidade civil. Com isso se deve respeitar todas as normas que norteia esses princípios. O estado impõe para o melhor desenvolvimento da criança, tendo em vista a sua fragilidade, tentando contribuir para o desenvolvimento mental, moral e ético da criança.

Toda criança e adolescente tem o direito do convívio familiar e social, para um desenvolvimento correto, a formação de um adulto com preceitos éticos e morais como os previstos no artigo 15 capítulo II do ECA, que trata do direito a liberdade, ao respeito e a

dignidade como pessoa humana , os elencados também no artigo 16 do presente capítulo, que fala da liberdade .

Mas nem sempre essa família, ou seus genitores estão estruturados para acolher de uma forma digna o crescimento e desenvolvimento dessa criança ou adolescente, mostrando determinadas condutas, o estatuto da criança e do adolescente discrimina que o ambiente familiar deve ser saudável e livre de presenças de substâncias entorpecentes. A criança pode ser retirada de família natural, pelo estado, entender que aquela criança ou adolescente esta em ambiente não adequado, acarretando um prejuízo. Como consta no presente artigo:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

Uma prova clara do poder do estado, interferindo, para o bem da criança e do adolescente. Colocando o menor em família extensa ou substituta, como uma forma temporária para um processo de reabilitação e reorganização ambiente familiar, tornado apto para receber o menor. O estado quer sempre o bem estar do menor assim como o da família, sempre no intuito de preservar o convívio familiar. Na sua maioria dos casos isso ocorrer como medida extrema e excepcional do estado, como medida específica de proteção onde na forma da lei o conselho tutelar junto como ministério publica tem o dever de efetuar esse acolhimento, onde as crianças nessa situação são encaminhadas para programas de acolhimentos familiares, instituições, ou na forma da lei, acolhidas por famílias substitutas, ou a um tutor, sempre de forma provisória. Ocorrendo a reavaliação da família após o processo de reestruturação, estando apito a criança voltara, caso isso não ocorra será destinada para adoção.

Por tanto, a responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos é muito forte de tal maneira que está disposto na constituição federal artigo 226, que trata de maneira geral as obrigações relativas aos seus genitores, e proibindo qualquer atitude que acabe ferindo os preceitos básicos do cuidado da criança e do adolescente.

## 1.2 O vínculo afetivo na família

Dando continuidade no estudo, o direito, com suas mudanças e modificações ao longo do tempo, com isso levando também varias mudanças na constituição federal 1988 no que

desrespeita a família, mudanças ocorreram no âmbito do casamento civil, e os laços de sangue, ficaram de lado na relação familiar, dando espaço para os princípios da afetividade.

Com o fundamento dos preceitos inerentes, à carta magna visa o princípio da dignidade da pessoa humana, e foi com essa carta que vários preceitos jurídicos foram criados como o princípio da dignidade da pessoa humana, e que a relação de afetividade, um dos princípios que norteia as relações familiares, como conforme trecho exposto abaixo:

A revolução ocorrida no direito de família com a carta política de 1988 provocou de imediato profundo incursões no terreno da proteção à união estável; e nas ideias de igualdade dos filhos e cônjuges, com olhar também voltado para a facilitação e não limitação do divórcio<sup>2</sup>. (THEODORO JÚNIOR, 1990).

Dando importância as tais princípios dessa carta da república, que foi de grande importância para o nosso ordenamento, a igualdade entre os gêneros, a dignidade da pessoa humana que recai no direito a vida, direitos físicos, o direito a vida privada, como também o direito a honra. Tudo isso ligando esses princípios ao princípio da afetividade, que está bastante disseminada no âmbito jurídico, regulamentando as relações familiares. Esse princípio é de total importância em uma estrutura familiar, tendo como base esse princípio, muitos problemas familiares que hoje existem seriam evitados.

Esse princípio da afetividade, é de suma importância, pois precisamos dele para criar vínculos de emoção, sentimentos e paixão, uma prova clara é o relacionamento, que hoje é muito vivenciado em nossa sociedade moderna, é o caso da união estável, onde embora não haja o casamento, mas existe um vínculo de amor, companheirismo, carinho, conforme trecho abaixo:

O dever de respeito e de estima são corolários de qualquer relacionamento humano, especialmente no casamento e na união estável, quando duas pessoas decidem estabelecer uma relação afetiva, voltada para a constituição de uma entidade familiar que só consegue se edificar em um ambiente de entendimento, admiração e respeito mútuos existentes entre cônjuges e conviventes, não obstante suas eventuais rugas desinteligências, reação sempre tão próxima dos relacionamentos humanos, mas cujos desvios episódicos jamais podem sobrepujar valores inspirados na dignidade da pessoa humana, pois a dignidade implica em um dever universal de respeito a pessoa e por seu turno, um direito consequentemente natural de busca da felicidade<sup>3</sup>(GRACIA,serrano,2008,p96).

A família deve nascer do afeto, para que seus filhos tenham uma base sólida no seu desenvolvimento, gerando e garantindo um futuro equilibrado, nos aspectos morais e éticos de um cidadão, perante a sociedade, gerando assim o respeito e o convívio mais harmônico entre

todos. Não precisa haver vínculos consanguíneos para que ocorra os vínculo afetivo, o afeto decorre da liberdade de todo individuo, da convivência do casal e da relação com os seus filhos.

“A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessário ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil para ausência do afeto” (MADALENO, 2013, p.99).

. Groeninga (2006) Como mostra: “O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável”, e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto do seu pai, ou da sua família e muito mais grave se não receber o afeto de ninguém. O principio da afetividade é de grande valor para o ambiente familiar, como um dos pilares mais importantes para um bom vínculo afetivo entre marido e mulher, e na relação com os filhos, de sangue ou não, onde essa relação cria uma responsabilidade.

## **2. DO DANO MORAL**

O dano moral assim como outros princípios, possui previsão na carta magna e foi inserida na constituição de 1988 que assegura o direito a reparação moral., isso foi um dos direitos garantidos pelo cidadão na nova constituição .os danos morais tem como sabe os direitos fundamentais, garantindo a integridade moral de quem pleiteia esse tipo de ação, para assim proteger seus direitos. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves conceitua o 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, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONCALVES, 2009, p.359).

A ideia de aplicação do dano moral foi no sentido de minimizar o sofrimento causado ao ofendido, no sentido de uma punição, ao abalar a honra, a boa fé e a dignidade das pessoas físicas ou jurídicas e, sua comprovação esta sempre ligada a um nexos de causalidade. Em uma relação de união estável, se for comprovado algum tipo de desrespeito no ambiente familiar, ou ferindo à honra, a dignidade do cônjuge, enseja o dano moral ao ofendido.

Tomando como base esse artigo, vamos analisar o cabimento de dano moral no âmbito da família, se a responsabilidade civil de reparar o dano causado ao seu filho merece indenização civil. Pôs como vimos acima, o dano moral foi instituído no ordenamento

brasileiro para garantir a dignidade humana, com foco na reparação de um dano, causado a um indivíduo, ferindo sua honra, dignidade, como também, no sentido de disciplinar as condutoras, na intenção de coibir que o fato se repita, buscando desestimular tais condutas. Portanto o dano moral vem de uma forma pedagógica tentar diminuir essas condutas que ferem os preceitos morais e fundamentais de uma sociedade, na tentativa de um convívio sem atritos e sempre com mais respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana. Tudo isso vamos abordar o dano moral no sentido da responsabilidade civil dos genitores, na relação.

Mas para que toda essa relação se comprove, e exista uma eficácia da norma, o dano moral tem que construir provas concretas, mas é muito complicado de se qualificar certas condutas, como seria a qualificação de um sentimento, como poderiam ser medidas essas condutas, o juiz deve agir com total imparcialidade na observância das condições da pessoa ofendida, para propor o melhor julgamento dos atos assim expostos.

Isso gera uma grande instabilidade na corrente no âmbito do cabimento em determinados casos, como o direito de família, na relação de afetividade, como seria medido esse sentimento. Como foi visto a carta magna defende os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, e o direito de família, este incluso nesse contexto, por isso vemos como de suma importância o debate sobre o dano moral, pois é o pilar central de toda a discussão da responsabilidade dos pais em casos de omissão de deveres inerentes e que estão elencados na lei, como o previsto no artigo abaixo: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (CODIGO CIVIL,2002)

Aquela pessoa que comete determinada ato deve pagar, seja ele material ou moral, isso leva a nossa discussão um ponto muito importante, a necessidade do cumprimento do que a lei prevê, para o bem da parte lesada, a criança e o adolescente, pela falta de afeto, e pela prática do ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.(CODIGO CIVIL,2002)

Mostrando a importância do dano moral em favor da sociedade, protegendo os preceitos e direitos fundamentais para uma boa convivência entre todos, e disciplinando condutas. Por esse atos ligados ao dano moral, que podemos citar o vínculo dessas suas

faculdades, o direito de família e o dano moral, em um só olhar, na busca de uma reparação a qualquer tipo de dano causado a parte mas fraca dessa relação, os filhos, pro isso precisam de um cuidado maior, pós não tem adquirido o discernimento adequado para dispor dos seus próprios atos da vida civil.

## 2.1 das relações de causa ao dano moral

Como foi dito anteriormente as condutas demonstradas pelo agente familiar nessas caso tenha sido fundamental para o dano ocasionado a criança, fazendo nascer, o dever de reparar o prejuízo causado, através de uma indenização que será valorada com base no caso concreto, quando tratar-se de um dano moral. Tendo em vista, toda a frustração do individuo.

Estudos psicológicos afirmam que o abandono afetivo pode causar uma serie de consequências para a criança e também para o adolescente, que ainda pela sua pouca idade e seu desenvolvimento em construção, isto porque a convivência familiar não acaba não coabitação, mas pode se entender a garantia de assistência, do cuidado afetivo no seio familiar, a atenção, o carinho, tudo isso deve ser proporcionado pelos pais aos seus filhos. De maneira que, é evidente que o convívio familiar assegura a integridade física da criança e do adolescente, tanto moralmente como psicologicamente, de fora que, tudo isso contribui para um melhor desenvolvimento enquanto individuo.

A falta de convívio entre pais e filhos gera o rompimento do elo de afetividade, o que pode comprometer seriamente o desenvolvimento do menor. Este pode se tornar uma pessoa insegura, infeliz e consequências de sequelas psicológicas, que merecem reparação. (DIAS, 2010).

Mas para que seja caracterizada a responsabilidade civil do genitor não basta ser comprovada a simples ausência por parte do seu genitor, tem que ser comprovada a sua ausência de fato, e que isso tenha acarretando um dano ao seu filho. Mas muitas vezes a comprovação dessa omissão pode ser levada por outro lado na relação afetiva, por aparte do outro ente familiar, que enseja tal ação de dano moral, para se vingar de um dos pais na relação. Sendo assim, é necessário que se faça uma melhor apuração nas reais intenções e se realmente a parte mais frágil da relação esta sofrendo determinado dano.

Toda criança quando carente de atenção e cuidado de pelo menos um dos seus genitores pode apresentar sérios problemas, tanto como o seu mau rendimento escolar, como também mudanças de comportamentos, e pode ocasionar problemas mais sérios, como a depressão. Uma criança não tem o determinado discernimento, e nem maturidade para

entender determinadas ações relacionadas a brigas e desentendimentos matrimoniais. Com isso, devemos observar que toda as emoções vividas por um ser humano interferem em sua personalidade.

Por outro lado, parece também importante frisar, que poderá ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório vir a ser pleiteado em face de um pai ou uma mãe fisicamente presente, mas que não tenham cumprido, a contento, as suas funções. Nestas hipóteses, dever-se-á redobrar a atenção a fim de não se permitir a instalação de pedidos abusivos, calcados no rancor e na mágoa, como é, até costumeiro acontecer. (Oliveira , 2012)

Portanto, diante de toda a exposta acima, quando o genitor atua de forma omissiva do dever legal e moral de cuidar, de prestar as devida assistências necessárias ao desenvolvimento do menor incapaz, esta se configurando o abandono afetivo, que é muito prejudicial, em relação ao abandono material que pode ser suprido por um dos entes familiares, ou por parte de um dos genitores. Enquanto no abandono é criada uma lacuna enorme na vida do menor, que dificilmente será superada ou repostada, e causando um dano muitas vezes irreversível. Por isso, a causa do dever de indenização a parte lesada.

“O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.”

Portanto, existindo o abandono afetivo, caracterizado pela conduta omissiva dos seus genitores, existindo dano ao menor, a ausência injustificada do seu pai, a relação e afetividade, sendo comprovada por laudos e perícias multidisciplinar, será configurada a responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental, isso acarretará uma reparação para o agente que gerou tal ato ilícito, tanto podendo ser uma obrigação de fazer ou não fazer, como também de cunho pecuniário, cabendo a autoridade (juiz) avaliar o caso concreto, e propor a melhor maneira para solucionar o caso concreto, com as devidas punições e melhor tratamento aa criança ou adolescente que sofreu tal agressão.

### 3. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO PARENTAL

O abandono afetivo parentela sempre existiu, mas agora, tanto a sociedade como os tribunais estão apoiando e buscando dar vida a essas ações que muitas vezes era esquecida, e um pouco menosprezada, que visa a reparação dos danos causados ao indivíduo lesado o direito de ser reparado em pecúnia. Se tratando desse assunto, a muitas discussões, no entanto não há lei específica tratando desse assunto, não havendo um suporte legal de fundamentação. De tal modo que é de suma importância para a formação do julgado a análise da doutrina jurisprudencial.

Segundo Soares (2013), o tema referente ao abandono afetivo na filiação e o consequente dever de reparação é novo no ordenamento pátrio, não havendo legislação específica tratando da matéria. Assim, no momento em que os magistrados e tribunais vão julgar as demandas interpostas perante o judiciário, a doutrina passa a ser uma importante fonte de auxílio.

Vale salientar, porém, que não há consenso acerca da sanção a ser aplicada aos pais que, por omissão, descumpriram alguns dos deveres decorrentes do poder familiar.

Esse tema é um tema muito polêmico, no qual existe duas correntes que dividem opiniões no âmbito jurídico das relações afetivas (SOARES, 2013). A primeira entende que é possível a reparação civil, utilizando como argumentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio implícito da afetividade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Por outro lado, a segunda corrente entende não ser possível a reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo, sob pena de se quantificar o amor, sem se esquecer do fato de que ninguém pode ser obrigado a amar. E no mesmo sentido, tem o ensinamento de Rui Stoco :

“[...] o que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho.

Nessa primeira corrente, os autores apoiam a tese, que deve haver a indenização do dano moral, provocada pela conduta de omissão do genitor, em cumprir com o dever de cuidar e dar as devidas atenções aos seus filhos. Tendo em vista que esses cuidados são de suma importância para desenvolvimento intelectual, emocional, e social da criança e do adolescente, e essa omissão atenta com a dignidade da criança e pode causar transtornos

irreversíveis, com isso sendo caracterizado como um ato ilícito podendo ser caracterizado como dever de indenizar.

Segundo (Paes & Paes , 2013)“o dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente

Diante de exposto acima, se mostra evidente que os pais agindo de tal forma, de forma que cause o abandono afetivo, e da violando o artigo 19 do estatuto da criança e do adolescente, tratando não só do papel afetivo, mas também dos lugares de convivência do menor, como a proibição em locais de venda e consumo de drogas, locais reservados para maiores de idade, ambiente não indicado ao menor.

Tomando como sabe Bernardo Castelo Branco (Branco, 2013):

“A conduta omissiva dos pais no tocante à formação moral dos filhos, permitindo-lhes o livre acesso a ambientes nocivos ao seu desenvolvimento, ao contato com jogos, álcool e drogas, entre outros fatores deturpadores da personalidade, constitui, portanto, a adoção de comportamento ilícito, uma vez que viola um dever juridicamente imposto aos titulares do poder familiar.

Como já dito, o dever do pai não se resume só ao afeto, na relação familiar, mas também tudo aquilo relacionado a proteção e cuidado do menor, e são protegidas pela carta magna e pelo direito da criança e do adolescente o ECA, levando ao menor um melhor amparo no âmbito jurídico, e uma maior proteção dos direitos a ele inerentes. Como os elencados no art.226 da constituição federal que elenca em seu inciso § 8º “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Mostra que o estado de maneira direta assegura esses direitos a integridade física e mental do menor.

Mas há, no ordenamento a segunda corrente doutrinária que se posiciona contrária ao dano moral, a possibilidade de se indenizar o indivíduo lesado na relação afetiva, que tem como base o fundamento de que não há a responsabilidade civil, com isso se argumenta a criação de uma “monetização do amor” (Soares, 2013) Outra tese defendida pelos opositores da reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo é a de que ninguém pode obrigar um pai a amar um filho, sendo este o cerne da questão. Nestes termos, para Lizete Schuh:

“É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário.”

Segundo essa corrente doutrinária ao se opor a indenizar, tenta mostrar de outro lado, que dever de amar não é uma obrigação, no qual a forma de amar depende de cada um, cada pessoa tem uma forma de amar, no qual esse sentimento deve surgir de maneira natural, não sendo pressionado por uma norma que venha a regulamentar esse “amor”.

(Soares, 2013) Ainda para os opositores da indenização nos casos de abandono afetivo, a propositura de ação de reparação civil afetaria ainda mais a relação paterno-filial, prejudicando a convivência familiar. Por isso é que os próprios adeptos da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo destacam que esta análise deve ser feita de forma prudente e contextualizada, a fim de evitar a quebra do vínculo afetivo, por ventura, ainda existente entre pai e filho. Neste sentido, assevera Bernardo Castelo Branco:

“[...] a particularidade que cerca a relação paterno-filial, eis que fundada essencialmente na afetividade entre os sujeitos que dela participam, não permite a aplicação integral dos princípios que regem a responsabilidade civil. Logo, mesmo no campo específico do dano moral, cabe aferir em que medida o comportamento adotado foi capaz de romper os eventuais laços de afeto entre pais e filhos, uma vez que a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar a desagregação da família ou o desfazimento dos vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação.”

Para as duas teorias é preciso haver uma análise do processo, e do caso concreto, para uma maior clareza na hora da decisão pelo juiz, se é a primeira corrente, a que apoia o dano moral em tese, e a segunda corrente que elimina a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo. Podemos notar que não se trata de um assunto pacífico e com um posicionamento definido. Com isso, esse tema da margem para várias discussões nesse sentido, para que ocorra a parcialidade do referido tema a jurisprudência tem sido muito parcial nas suas decisões. Assim como a doutrina que tem como principal fonte o fundamento para a ação indenizatória é de forma clara que a sua divergência ocasiona divergências nos posicionamentos de decisões judiciais.

A relação familiar é vista pelo ordenamento jurídico, com um olhar diferenciado, põe meche com o convívio afetivo de uma família, no seio familiar, delimita regras, e busca o melhor convívio entre genitor e seus filhos. Muitas ações são propostas com relação ao pedido de perda familiar, mas, no entanto a aceitação por parte da jurisprudência em relação ao cunho

indenizatório e de um “valor ao amo” é recente no ordenamento brasileiro. Com isso tomando como base decisões que rejeitam o dano moral.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. - A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. - Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. V.V. (TJ-MG 102510802614140011 MG 1.0251.08.026141-4/001(1), Relator: NILO LACERDA, Data de Julgamento: 29/10/2009, Data de Publicação: 09/12/2009)

Esse posicionamento jurídico do relator Nilo Lacerda, não observou o exposto dever de cuidado, inerentes aos pais e responsáveis, nem observando o simples convívio familiar, que é de suma importância, o convívio familiar não se resume apenas a coabitação, o local onde a criança é posta em segundo plano. Como já exposto, a criança precisa de cuidado, amor, carinho, atenção necessária para crescer de maneira consciente, e que desta forma, a omissão de todo esse afeto, caracteriza um ato ilícito e com isso ensejar o dano moral ao menor que sofreu tal ato ilícito por parte do seu genitor.

Como vimos essa decisão polêmica, relacionado ao tema, outra decisão referente a alimentos cominada com indenização por abandono afetivo, ganhou repercussão.

ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70057020083, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014) (TJ-RS - AC: 70057020083 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 29/01/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/02/2014.

No que esta exposta nessa ementa que a simples relação afetiva, foi de suma importância no processo, e que ambas as partes sofreram com o abandono gerado pelo pai, na

relação e isso não é motivo para eximi-lo de sua responsabilidade como pai, e com um papel de dar todo apoio que o menor precisar. Não é só assistência material que é dever do genitor, de tal forma, não pode ser considerada “a falta de amor” um preceito que se justifique, e que seja devida a qualquer filho.

Conforme o pensamento de que o dano moral tem que ser utilizado nesses casos, com o dever de reparação pecuniária, nesses casos o reconhecimento não é da obrigação de dar o amor, mas, a necessidade que o filho tem em ser cuidado, que vai além das relações materiais, do ônus de suportar determinados custos. Isso nos mostra que qualquer tipo de magoa que venha a causar danos psicológicos ao menor, que venha a prejudicar o seu desenvolvimento, será considerado negligência por parte do seu genitor, por ele tinha o dever, o ônus de cuidado na formação da vida social do menor. (Montemurro, 2015) Mas não é a falta de amor que gera dano, não é o desamor, por si só, o ato ilícito praticado capaz de gerar o dano moral, mas sim a negativa em desferir amparo, assistência moral e psíquica, é desatender as necessidades em prejuízo da formação de uma criança, é, em muitos casos, desfazer os vínculos de afetividade já estabelecidos, é, por derradeiro, o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar.

Uma decisão da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve uma decisão relacionada a indenização pelo abandono do pai ao seu filho, e obrigou a ser pago um valor muito alto ao filho lesado, como exposto um trecho da decisão da ministra Nancy Andrighi empostado em uma reportagem, que cita :

“Entendeu que é possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. “Amar é faculdade, cuidar é dever”, afirmou ela na sentença. Para ela, não há motivo para tratar os danos das relações familiares de forma diferente de outros danos civis.”

Tomando como uma base o argumento utilizado por parte dos ministros do STJ com relação ao caso, foi de que a mãe requereu o reconhecimento de paternidade por parte do pai e entrou com uma ação para garantir esses direitos tanto a ela inerentes, com na figura da parte mais frágil, que era a criança na relação processual, no qual o provimento da sentença em primeira instância foi indeferido, o caso foi parar em segunda instância, onde foi reformada a sentença que deferiu uma indenização no valor muito alto, onde o mesmo não poderia arcar com tamanho custo, o qual o pai entrou com um recuso contra a decisão, e alegando que não houve o abandono na relação familiar, no qual a decisão ficou no valor de 200 mil reais.

Deixa claro, que a decisão tomada pelo tribunal da terceira turma apoia a responsabilidade civil, por parte do abandono afetivo na relação familiar, com isso abrindo

varias discussões nesse sentido, gerando polemicas ao entendimento e decisões proferidas em relação a esse assunto.

Essa decisão por parte da ministra Nancy tomou bastante repercussão na mídia, a decisão exposta abaixo:

#### DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DEVER DE CUIDADO.

O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem.(STJ, REsp. 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012). (SÃO PAULO, 2014)

O dano moral afetivo, pode causar certo alívio a parte lesada, na tentativa de minimizar os danos causados, o que expos a decisão proferida pelo tribunal na (REsp. 1.159.242-SP) ,que acolheu a segunda seção a preliminar de não acolhimento dos embargos de divergências. Como o assunto foi de repercussão geral, o caso veio a tona e abriu um leque de discussões deferente ao tema, é possível que esse tema venha a ser discutido, pôs no nosso ordenamento jurídico a uma necessidade de uniformização da jurisprudência.

Hoje, tramita um projeto de lei, que tenta modificar Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de incluir a possibilidade da caracterização do abandono moral como ato

ilícito, esse projeto de lei de origem PLS 700/2007, PROJETO DE LEI, N 3212/2015 quem no dia 13 do mês de novembro de 2017 foi retirada de pauta por ausência do relator, esta esperando a comissão de constituição justiça para uma decisão, sobre essa mudança. Vai muito de frente com o que já foi dito e firmado por Nancy (MELLO, 2017).

Ao que tudo indica, esse projeto de lei segue a mesma linha ideológica do que já decidiu a ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, quando condenou um pai a pagar indenização moral a um filho abandonado afetivamente. A partir desse julgamento, tornou-se célebre a frase “Amar é faculdade, cuidar é dever” e, nesse sentido, não se impondo o dever de amar, o dever de cuidado traz como consequência a questão de que os pais tenham a obrigação de presença, contato e demais ações voluntárias em favor da prole. Nesse processo foi fixada uma indenização por danos morais no valor de duzentos mil reais.

Esse projeto de lei visa alterar o ECA, para assegurar outros direitos inerentes a criança e ao adolescente, como a garantia do direito de sustento, a guarda e educação do menor, a relação entre os convívio dos pais com seus filhos e a assistência moral, tudo isso esta dentro desse projeto de lei.

A intenção desse PL 3212/2015 é uniformizar, priorizar a criança, que é a parte mais frágil da relação, e toda a adequação da jurisprudência, com isso garantindo para as ações que velhão a surgir uma segurança jurídica maior, e possibilitando uma melhor atuação de famílias nas lides.

#### **4. APURAÇÃO DO ATO INFLACIONÁRIO**

Para que venha a ser apurado determinado pai que sofreu uma denuncia na relação afetiva tem que haver ha presença da infração cominada com o dever de agir da pessoa lesada. O estatuto disciplina o tipo de infração as normas de proteção a criança e ao adolescente, a pessoa lesada necessita ir ate um representante do conselho tutelar, para que seja verificada e apurada tal infração, de maneira que será feita a lavratura do auto de infração, que se encontra presente no ECA em seu artigo 194, caput que diz :

“O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.” (BRASIL, Lei 8069 de 13 de julho de 1990, 1990)

É necessária a intimação do genitor que ocasionou o dano ao menor, para que sejam apurados de forma legal os seguintes argumentos expostos pela vítima. O prazo para a apresentação da defesa será de 10 dias.

Essas infrações, caso venham a ser feitas por parte de um dos seus genitores dependendo do caso, poderá ser tomadas medidas extremas, para o melhor cuidar do menor, essas medidas tanto pode ser de caráter pecuniário, como até mesmo a retirada da criança do seu convívio familiar ou do ambiente desapropriado onde a criança se encontra. Como em relação aos maus tratos a criança, engloba também o âmbito penal em seu art 133,136 do código penal brasileiro, que vai além dos crimes de multa.

REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTIGOS 227 DA CRFB/88 E 249 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA IMPOR AO REPRESENTADO A IMPOSIÇÃO DE MULTA NO VALOR CORRESPONDENTE A 03 SALÁRIOS MÍNIMOS. INCONFORMISMO DA REPRESENTADA. ENTENDIMENTO DESTE RELATOR QUANTO À MANUTENÇÃO DA SENTENÇA GUERREADA. In casu, restou comprovado nos autos que a representada, ora Apelante, sempre agiu com negligência em relação a sua filha, deixando-a exposta a toda sorte de violação a direitos e a risco. PRECEDENTES DO TJERJ. APELO CUJAS RAZÕES SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA DO TJERJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. (TJ-RJ - APL: 00097538920098190024 RJ 0009753-89.2009.8.19.0024, Relator: DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO, Data de Julgamento: 07/04/2014, DÉCIMA QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 10/04/2014 10:47)

Diante do exposto, o ministério publica nesse caso apurou a falta de negligência de um dos genitores na relação, ao impor uma multa para ser paga ao menor, por não prestar as devidas. Tanto os membros do conselho tutelar, como qualquer pessoa capaz, pode entrar com uma denúncia, pois a justiça é inerte, ela precisa ser instigada para que venha a cumprir seu dever legal de aplicar a lei.

Caso uma criança esteja sofrendo algum tipo de abuso ou sendo exposta a um determinado ambiente que não condiz com sua idade, é papel do estado dar um apoio a essa criança, tanto tomando medidas contra o seu genitor, como dando o apoio psicológico, social. Os conselheiros tem um papel de grande importância nesse combate aos maus tratos ao menos, no sentido de fiscalizar e trabalhar para diminuir esses casos, com o apoio do ministério público que atua na proteção dos direitos do menor com base no ECA.

Nesse sentido o projeto de lei que visa alterar o ECA, o PLS 700/07, tem um instituto que visa a coação de atos de negligencia e em uma de suas sumulas o abandono moral poderia ter pena de detenção, de um a seis meses, para quem sem justa causa não prestar assistência ao filho menor de 18 anos.

Tudo isso com sentido se tornar mais rígidas as leis, não só no âmbito civil, com punições em pecúnia, mas também no âmbito penal, tudo isso ligados em um só instituto, possibilitando outros meios de ação por parte do estado, na efetivação das normas.

## **5. A APLICAÇÃO DO DANO MORAL**

Ainda existe uma grande divergência doutrinaria e jurisprudencial com relação ao assunto, mas boa parte da doutrina entende que há a possibilidade de cabimento de dano moral nessa omissão, nesse sentido. Deste modo devemos analisar quais são os critérios que devem ser analisados para a sua aplicação em pecúnia em cada caso, e se esse valor exposto vai sanar de alguma forma o prejuízo que a criança sofreu na relação familiar.

Uma parte da doutrina afirma que essa indenização vai ser compensatória, para ajudar nos custos de tratamentos psicológicos e ressocialização do menor em determinados ambientes, tanto para suprir determinadas faltas, como a educação não dada pelo pai a criança. Tudo isso visando defender e reverter os danos causados pela omissão de uma das partes genitores, ou de ambas, nessa relação.

Como cita Bernardo Castelo Branco:

“Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se poder negar ao ofendido a possibilidade de reparação por dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo”.

Diante do exposto, a omissão do pai na relação, deve acarretar o dano moral, mas não no sentido de degradação do patrimônio do agressor, mas sim em sentido de tentar educar de forma mais dura, com a imposição de pecúnia em determinados casos. Essa indenização teria um caráter punitivo pedagógico, e para prevenir outros casos de abandono afetivos, mesmo que seja impondo o medo de punição ao genitor por força da lei, pós é de maneira clara que, é melhor o convívio de um pai presente com suas obrigações do que um pai ausente de suas obrigações.

Pôs o total descaso deste pai, podem ocasionar sérios problemas psicológicos, morais, éticos para a criança. Com essa ação, busca mostrar aos pais omissos o quanto um filho precisa do convívio do seu genitor, e como é de suma importância para uma sociedade por completo.

(Cavaliere Filho, 2005) Não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

O segundo pensamento é em relação ao dano moral ter dois caratês, o caráter compensatório e o caráter punitivo a pessoa lesada.

DANO MORAL. NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÃO ausência de critérios legislativos específicos para a quantificação da indenização por dano moral, torna tormentosa, é inegável, essa fixação, a qual junte-se à interpretação particular do julgador e submete-se, acima de tudo, ao seu bom senso. Tem o dano moral um duplo caráter: compensatório e punitivo. Dentro de uma finalidade compensatória, a fixação do dano moral objetiva propiciar ao ofendido um valor pecuniário que, embora não erradique o sofrimento infligido, fornece-lhe algum grau de conforto que, pelo menos, amenize a dor injustamente causada. Enquanto isso, sob o prisma punitivo, constitui uma reprimenda ao causador do dano e uma advertência que o iniba de, futuramente, cometer ato idêntico. O dano moral deve ser fixado com atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais foram devidamente considerados no caso vertente. Mantido o valor fixado pelo Juízo de Origem.Re... (TRT-6 - RO: 790200702306009 PE 2007.023.06.00.9, Relator: Aline Pimentel Gonçalves, Data de Publicação: 20/09/2008)

Segundo, a relatora dessa decisão Aline Pimentel, entende que o dano moral não apenas é de cunho compensatório, no qual dinheiro nenhum pode suprir a falta da relação entre pai e filho.

(Deiró, 2013) Em contrapartida, os adeptos da teoria do caráter dúplice da reparação por danos morais, entendem que ao mesmo tempo em que a reparação serve para atenuar o sofrimento da vítima, atua concomitantemente como sanção ao ofensor, como fator de desestímulo, para que não venha a praticar condutas lesivas a direitos personalíssimos de outrem. É este o entendimento que vem prevalecendo na doutrina.

Nessa mesma linha de pensamento o dano moral com caráter dúplice tem sua maioria apoiada no caráter compensatório, no qual o dano causado ao menor pelo pai omissor pode requerer os seus direitos e de caráter pedagógico para o pai que sofreu determinada sanção pecuniária que lhe conscientizará do ato praticado.

Como diz Maria Helena Diniz:

“A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal, ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa –integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada”.

Para que um determinado ato ilícito não venha a se repetir, e que esse valor não venha a também denegrir o patrimônio do agressor, é preciso uma ponderação no julgado afim de estipulação pecuniária que possa ser pago, pois não adiantaria ser arbitrado um valor que o condenado não possa arcar, mas que possa satisfazer a parte lesada e punir de forma justa o genitor omissor.

### 5.1 Critérios para o valor da indenização

Existe uma preocupação com relação ao valor dessas indenizações, como seria esse valor estipulado, que critérios serão utilizados para tal valoração. O nosso ordenamento jurídico dispõe de grandes demandas nesse sentido, no entanto não há parâmetro estipulado para a aplicação do dano moral em determinados casos.

Quando falamos do dano sofrido pelo menor, não conseguimos enxergar, como esse dano afetou psicologicamente, e como isso repercutiu em sua vida, se torna muito subjetivo, sem parâmetro que delimite um valor do dano moral, como essa indenização será estipulada a um critério também subjetivo que apura esse ato ilícito, mas somente a própria vítima, a família ou amigos próximos podiam avaliar o prejuízo que aquela pessoa sofreu. Isso se torna muito complicado no âmbito jurídico, como um juiz arbitrar uma lesão sentimental, sentida por uma pessoa no seu íntimo e arbitrar com sabe no que foi exposto por ela.

. (Oliveira A. L., 2014) fixação do *quantum debeat* atinente ao valor da indenização por danos morais constitui um ponto polêmico e controverso entre os operadores do Direito. Tal problema decorre do fato de inexistirem critérios objetivos fixados em lei para o arbitramento judicial o que acarreta, inevitavelmente, em um arbitramento pautado na subjetividade do julgador, e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Mesmo assim, com essa subjetivada no dano, aquela pessoa que passa por uma situação de abandono necessita de justiça, é precisa que, de alguma forma seja punido o

infrator, e que seja compensado tal dano causado a vítima, de maneira que possa compensado o abandono, bem como tentar mostrar ao seu genitor o erro causado por ele, na relação.

O dano moral não pode ser objeto de cumprimento da obrigação, isso posto que, mesmo pago o dano moral não se exime a responsabilidade do genitor de cumprir seu papel como pai na relação, acima de tudo o caráter pedagógico na intenção da indenização.

Tendo em vista essa análise, não há um valor certo para a aplicação nesses casos de dano moral, mas sim, a depender do caso em questão, uma análise mais profunda a cerca do tema. Mas já tendo como base alguns julgados é feita uma avaliação da aplicabilidade ou não do dano moral. Cabe à justiça a avaliação psicológica dos danos causados, a avaliação de laudos, que cheguem a comprovar o prejuízo a diversas áreas do desenvolvimento do menor, bem como a análise do nexo de causalidade que é de suma importância, entre a conduta do agente e o dano vivenciado pelo menor.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O tema deste presente trabalho é de grande importância para o âmbito familiar, haja vista que é um tema muito polêmico, e que está sendo muito discutido em nossa sociedade. Com o intuito de valorizar os princípios da dignidade da pessoa humana e das relações afetivas, que se encontram presentes em nosso texto constitucional, e no ECA, dando ênfase na importância e no cuidado dos genitores com seus filhos. Os meios que o estado utiliza para tentar defender a parte mais frágil da relação afetiva.

Existem muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais com relação a esse tema, duas correntes, uma que apoia o cabimento do dano moral nos casos de abandono afetivo decorrentes ou da omissão de cuidados, carinhos, e de afeto, como fonte de punir e responsabilizar o agressor. Já outra corrente contrária expõe que esses sentimentos não podem ser motivos de um dano moral, pois não podem ser expressos e nem reparados monetariamente, e não podendo ser punido por abandono afetivo nesses casos.

No presente momento existe um projeto de lei que tenta alterar o estatuto, mas até o presente momento não há nenhuma legislação atual que regule o tema. Mas no tocante de tantas ações sendo impetradas nesse âmbito, o judiciário está aplicando cada vez mais uma interpretação mais extensiva com relação ao abandono afetivo parental aplicando regulamentos presentes na constituição e no ECA, o principal dever de cuidado dos pais com as crianças e os adolescentes.

De maneira coerente a exposições de um posicionamento favorável a responsabilidade afetiva dos pais, conclui que a pesquisa é de essencial importância para que se possa expor uma melhor temática sobre o assunto, de tal forma que seja dada as devidas atenções as demandas jurídicas, que tem com o objetivo sanar o sofrimento do filho abandonado.

Conforme as discursões sobre o tema, na intenção de diminuir a dor sofrida pelo filho se faz necessário que exista uma real punição ao genitor negligente, sendo de imposta de forma mais eficaz e justa para a reparação do dano é a instituição da indenização. Embora o dano sofrido pelo menor não seja esquecido com uma simples indenização, por isso de forma justa a responsabilidade civil parental quando comprovada gera o responsabilidade e o dano moral. De maneira que, é de essencial importância esse instituto do dano moral, pois os pais refletirão em suas atitudes, perante seus filhos, e terão um cuidado maior na hora de deixar de cumprir preceitos básicos, no cuidado do menor.

O presente artigo, tenta mostrar o quanto essas relações parentas são de tamanha importância, pois uma criança que venha a ser abandonada afetivamente tende a ser um cidadão mais oprimido, e com problemas psicológicos. Acima de tudo, todo esse embasamento esta sendo sustentado por leis que já existe em nosso ordenamento, que por esses motivos, precisam vim a ser regulamentados, determinados pensamentos da doutrina e da jurisprudência pátria.

A responsabilidade é inerente ao pai, que tem o dever de cuidar, como a primeira corrente apoia é a possibilidade do apoio dos pais que é de suma importância para a vida do menor, no que tange preceitos fundamentais de direitos humanos, essas crianças e adolescentes necessitam familiar, e esse pai tem o dever de manter assistência, tanto em atos da vida cotidiana, como o suporte financeiro, o direito que toda criança tem de estudar, de brincar, de convívio. Tudo isso a constituição apoia no ECA, mas aja vista que precisa de uma modificação em determinados pontos para a melhor aplicabilidade desse tema no âmbito jurídico.

Hoje vivemos em uma sociedade que os preceitos fundamentais estão sendo muito banalizada, a vida conjugal dos casais de hoje estão se tornando cada vez mais difíceis, relacionamento acabam com muita facilidade, e com isso o menor acaba ficando de lado, sendo esquecida nessa relação conturbada entre seus pais, acarretando vários riscos a criança, nos fica sem um apoio, em meio a tantos fatos.

Mas tudo isso se torna complicado pra uma ação do estado, pois vários casos se encontram na surdina, dentro de casas, e recrutadas nos íntimos das crianças, que passam a conviver com esse sofrimento, de tal maneira que o estado para tenta ajudar essas pessoas,

disponibilizam agentes que fazem parte do conselho tutelar que atuam na ajuda, e na solução desses casos, apurando os responsáveis pelo ato danoso a criança e punindo determinadas condutas.

Visto que um dos melhores meios para a solução do litígio é a punição com o dano moral e a possível reparação do litígio, pois o fato de o pai pagar o dano moral não exime ele de cumprir com seus deveres inerentes ao papel de pai.

Uma frase que marcou esse tema e que foi base para várias discussões, foi da ministra, que apoiou a causa e julgou procedente uma decisão, que condenava o pai a uma indenização por abandonar afetivamente a sua filha.

Nancy Andrichi, “amor é faculdade, cuidar é dever”. O cuidado é obrigação e é facultada a todo genitor. Exposto isto chegamos a uma conclusão que a jurisprudência precisa considerar determinadas condutas e enquadrar na possibilidade do ensejo ao dano moral, caso ocorra a conduta de omissão por parte do agente.

## REFERENCIAS

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Os novos rumos do direito de família**. In: O direito de família e a constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo. Ed. Método. 2006. P. 116

\_\_\_\_\_. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006, p. 117-118.

\_\_\_\_\_. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006, p. 194.

BRASIL, Lei n 8.069 de 13 de Julho de 1990, **Estatuto da Criança e de Adolescente**, 1990.

CARVELHO, Cleide. **STJ condena pai a indenizar filha por abandono afetivo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stj-condena-pai-indenizar-filha-por-abandono-afetivo-4793531>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 6 ed. 2010

DINIZ, Maria Helena, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**, Volume 4. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 2013..

DEIRÓ, Wagner Wilson. **A problemática do arbitramento e quantificação do dano moral no sistema jurídico brasileiro: NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE PRECÍPUA DO DANO MORAL**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25215/a-problematica-do-arbitramento-e-quantificacao-do-dano-moral-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

GROENINGA, Giselle Câmargo. **O direito a integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade**. In: Família e dignidade humana, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBMDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.p.448.

GARCIA, Ignacio Serrano. **Proteccion Patrimonial de las Personas com Capacidade, tratamento sistemático de La ley**. 2003. Madrid: lustel, 2008. P.96.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3.ed.rev.atual.São Paulo: Saraiva,2008.

LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro**. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 550.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p99.

MONTEMURRO, Danilo. **Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral** . Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

MELLO, Sergio. **Indenização por abandono afetivo : mais um estímulo ao ódio**. Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br/blog/indenizacao-por-abandono-afetivo-mais-um-estimulo-ao-odio/>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

OLIVEIRA, Euclides . **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo : dano**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

OLIVEIRA, Ana Luiza. **Crítérios de fixação da indenização por dano moral: considerações acerca do punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro** . Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,criterios-de-fixacao-da-indenizacao-por-dano-moral-consideracoes-acerca-do-punitive-damages-no-ordenamento-jur,47174.html>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 946.

SOARES, Gabriela. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação: DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS**.. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SOARES, Gabriela. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação: DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.8,n.35,abril/maio2006,p.67-68.

## CAPÍTULO 14

### GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: ANÁLISE COMPARADA DAS REGRAS BRASILEIRAS E DE OUTROS PAÍSES

Alana Kelly Coutinho de Araújo<sup>114</sup>

Carolyne Socorro Corrêa Lima de Araújo<sup>115</sup>

Ana Virgínia Cartaxo Alves Nunes<sup>116</sup>

#### INTRODUÇÃO

A maternidade-paternidade é um sonho que paira sobre os mais profundos desejos de grande parte dos seres humanos. Nas mais diversas culturas, é comum a criação voltada para o desejo de constituição de uma família, o que, na maioria das vezes, inclui a prole, que seria uma das formas de realização plena do ser.

No entanto, nem sempre a realização dos planos é tão simples quanto o seu traçar. Alguns obstáculos são enfrentados por muitas dessas pessoas, que se deparam com inúmeros impedimentos que fogem ao seu controle.

As novas entidades familiares e as patologias encontradas por alguns casais que os impedem de gerar filhos, paralelas aos avanços da Medicina, trazem à tona a discussão sobre a gestação por substituição, popular e erroneamente conhecida como "barriga de aluguel", sendo terreno fértil para as considerações do Biodireito e do Direito das Famílias.

A procura pelo método de reprodução assistida, através da gestação em substituição, não é uma opção a ser eleita pela simples vontade dos futuros pais, mas sim, de um leque enorme de outras possibilidades esgotadas. Nada mais é do que uma alternativa possível e viável para que genitores possam ter em seus lares, filhos com sua carga genética, mas que, para isso, enfrentarão alguns obstáculos, dos quais grande parte vem da falta de legislação específica sobre o tema.

Levando-se em conta que, no Brasil, a barriga solidária é permitida desde que não possua fins comerciais ou lucrativos, entra em cena a atuação do CFM (Conselho Federal de Medicina),

---

<sup>114</sup> Aluna do 8º período do Curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP.

<sup>115</sup> Aluna do 8º período do Curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP.

<sup>116</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professora de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP.

que editou a Resolução nº 2168/2017 para regulamentar as diretrizes desse método, ditando os requisitos necessários para a efetivação do procedimento.

A falta de regramento legal próprio, bem como as limitações impostas pelo CFM, tais como a exigência do parentesco entre os envolvidos ou, ainda, a falta de recompensa pecuniária para a cedente do útero, traz grandes dificuldades para a efetivação desse método de reprodução tão relevante.

Diante desta problemática, além de analisar a gestação em substituição através da ótica do Direito brasileiro, pretende-se fazer considerações acerca desta técnica de reprodução no Direito comparado, averiguando-se como outros países que efetivamente conferiram tratamento legal sobre a matéria tratam a questão, seja para regular o uso da cessão temporária do útero, seja para proibir essa modalidade de reprodução assistida.

## **1 NOVAS CONSTITUIÇÕES FAMILIARES**

Segundo Aristóteles, em a Política, “O homem é um animal social”, pois é um ser dotado de carência e precisa de outras pessoas para satisfazer os seus mais imprescindíveis interesses.

Para tanto, Aristóteles afirma:

As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma necessidade natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro, ou seja, a união da mulher e do homem para perpetuação da espécie (isto não é resultado de uma escolha, mas nas criaturas humanas, tal como nos outros animais e nas plantas, há um impulso natural no sentido de querer deixar depois do indivíduo um outro ser da mesma espécie. (Política, I, 1252a e 1252b, 13-4).

Para compreender as transformações pelas quais as entidades familiares passaram ao longo do século XX, é necessário antes entendê-la como um fenômeno cultural.

Segundo Friedrich Engels (1984), a família não é apenas um fato natural, isto é, não está calcada exclusivamente na consanguinidade nem na filiação. Ao contrário, trata-se também de um fato cultural que, em uma relação dialética, influencia e é influenciado por aspectos externos: a sociedade e a cultura.

Antes da Constituição Federal de 1988, o conceito de família era fundado estritamente no matrimônio. Esse formato de família era patriarcal, autoritário, hierárquico e patrimonialista onde os membros tinham funções diferenciadas, eram numerosos e a procriação era fundamental para perpetuar a espécie e o patrimônio, já que a força do trabalho

era essencial para a sobrevivência da mesma, ou seja, era uma família voltada aos interesses patrimoniais.

Com a evolução pela qual passou a família, forçou-se a sucessivas alterações legislativas. A primeira e mais expressiva, foi o Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, “que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhes bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho” (DIAS, 2017, p. 40).

Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, instituiu o divórcio no Brasil, acabando com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de que família era uma instituição sacralizada (DIAS, 2017).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, homens e mulheres tornaram-se iguais perante a lei e, conseqüentemente, iguais também na gestão familiar. Foi renovado o significado da família, segundo sua organização, passando a disciplinar de forma igualitária todos os membros, bem como suas respectivas funções.

A nova Constituição mudou o modelo familiar, conferindo direitos e deveres em igualdade para os homens e as mulheres, a igualdade entre os filhos, do casamento civil e da fácil dissolução dele, da paternidade responsável e do planejamento familiar. A Constituição expandiu a proteção do Estado à família, promovendo assim uma grande transformação, além de assegurar a pluralidade das entidades familiares, reconhecendo novas formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental.

Para Maria Berenice Dias, “ocorreu uma ruptura no caráter monolítico da família, assumindo, a família e o casamento, um novo perfil, voltado muito mais para realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes” (DIAS, 2010, p. 41).

O conceito de família foi se modificando com o intuito de se adequar à nova realidade em que se moldava a estrutura familiar brasileira, deixando de ser conservador, discriminador e autoritário, e passou a ser visto sob a ótica da dignidade humana, igualdade, solidariedade, afeto e a identificação da legitimidade nas relações de união estável, seja ela heterossexual ou homoafetiva, bem como as entidades familiares monoparentais ou uniparentais.

Com o advento da Constituição de 1988, tem-se que o Direito de Família, até então entendido sob uma ótica estritamente privada, passou (e passa) por uma mudança promovida pela constitucionalização do Direito Civil, ou seja, abertura das normas de direito privado para aplicação direta dos princípios constitucionais em prol de operações hermenêuticas

voltadas para a realização da pessoa humana em todas as suas potencialidades em conformidade com a dignidade humana.

Engels afirma que: “a família deve progredir na medida em que a sociedade se modifique como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema” (ENGELS, 1984, p.124).

Portanto, entendida como construção social, a família possui um conceito fluido, modificável ao longo da história e ajustável ao curso das mudanças culturais sofridas pela sociedade. Com isso, o Direito, ao tratar das famílias, também termina por ser um campo fértil para novas mudanças, devendo ser aberto e democrático, receptivo aos constantes fluxos de transformações sociais no sentido de realização integral da pessoa humana.

## **2 AVANÇOS DA MEDICINA**

Ao se observar com atenção, pode-se constatar que os avanços da Medicina acompanharam em paralelo as novas constituições familiares, propiciando àqueles que não possuem a plena capacidade reprodutiva a faculdade de recorrer à utilização de métodos artificiais para garantir a realização de um planejamento familiar dentro dos limites impostos pela Ética e pela Bioética.

Nesse contexto, surgem os métodos de reprodução assistida, cuja utilização cresce em larga escala para sanar as mais variadas espécies de patologias no processo reprodutivo, substituindo-se o ato sexual pela intervenção médica especializada a fim de unir os gametas feminino e masculino e facilitar a gestação.

Tal terapêutica trouxe consigo não só uma nova forma de suprir a necessidade humana de reprodução e descendência genética, mas também, um novo paradigma de estrutura familiar rompendo com o modelo antigo da paternidade-maternidade estritamente biológica, pautada no ato sexual entre cônjuges e as presunções de filiação dela decorrentes.

### **2.1 Resolução do CFM n. 2.168/2017**

A Resolução n. 2.168/2017 do CFM, publicada em 10 de novembro de 2017, atualizou a Resolução n. 2.121/2015, cujo objetivo é tratar das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância dos princípios éticos e bioéticos que ajudaram a trazer maior segurança e eficácia a

tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros.

Segundo Adelino Amaral, membro da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, “as novas regras apresentam grande avanço, esclarecendo alguns pontos que deixavam dúvidas e incluindo aspectos provocados por mudanças na sociedade”, a mais pertinente delas para o presente artigo, é a inclusão de filhas e avós como cedentes de útero em razão da gestação por substituição. Enfatizando ainda essas mudanças, Amaral destaca que “a cada dois anos, essas regras são modificadas para acompanhar as evoluções sociais e os novos contextos familiares” (GAZETAONLINE, 2017).

### 2.1.1 Gestação por substituição

O avanço da medicina possibilitou que a inexorável busca pela concretização de projetos parentais, que antes eram considerados inviáveis e praticamente impossíveis, fossem realizados de maneira plena e satisfatória por casais de todo o mundo.

Surge, nesse âmbito, a gestação por substituição como forma de sanar algum problema de infertilidade ou esterilidade em casais heterossexuais ou como alternativa viável para casais homossexuais que desejam realizar um projeto parental constituído por um ou mais descendentes genéticos, ou ainda em se tratando de família uniparental ou monoparental.

A gestação em substituição trata-se da implantação do material genético do casal idealizador ou de material genético doado no útero de uma terceira pessoa, que irá levar a gestação a termo.

É importante destacar que, apesar de popularmente ser conhecida como “barriga de aluguel”, é vedada a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância pela Constituição Federal, em seu art. 199, § 4º, destarte, é proibida a prática de gestar filho alheio mediante retribuição econômica.

No Brasil, inexistente norma legal regulamentadora da prática da gestação por substituição, para suprir a lacuna legislativa, como afirmado anteriormente, o Conselho Federal de Medicina, através de Resoluções, admite a cessão temporária de útero sem fins lucrativos, desde que sejam seguidas as demais diretrizes previstas na Resolução n. 2168/2017, hoje a mais recente que versa sobre a matéria.

Além do fato de que a cedente do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (mãe/filha, avó/irmã, tia/sobrinha e prima) e

que não pode ter caráter lucrativo ou comercial, a Resolução 2168/2017 delimita outros requisitos que precisam ser seguidos para sua realização.

Nessa ótica, as clínicas médicas de reprodução assistida deverão constar os seguintes documentos no prontuário do paciente: termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; relatório médico com perfil psicológico, atestando a adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; termo de compromisso entre os pacientes e a cedente temporária do útero estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, como também a aprovação do cônjuge ou companheiro apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Ademais, a Resolução 2168/2017 do CFM ainda determina a necessidade de termo de compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério e o Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez.

Esgotando-se todas as possibilidades de procriação pelas vias naturais, além de todos os tratamentos hormonais passíveis de sanar a deficiência reprodutiva, o casal infértil ou estéril, igualmente os homoafetivos ou ainda a entidade familiar uniparental, poderão recorrer aos métodos de reprodução humana assistida, em especial, à gestação por substituição, de acordo com as necessidades e peculiaridades de cada caso concreto.

### 2.1.2 Norma jurídica brasileira acerca de reprodução assistida

No Brasil, a reprodução humana assistida é permitida restritivamente, com previsão no Código Civil, art. 1597, II, IV e V e na Resolução do Conselho Federal de Medicina, número 2.168/2017, que regula as técnicas de reprodução assistida e proíbe a gestação por substituição de caráter lucrativo e comercial. Essa resolução veio para suprir a lacuna jurídica e conferir maior segurança à demanda cada vez maior de pessoas com alguma limitação reprodutiva que recorrem a esse método.

Apesar da crescente evolução das novas biotecnologias, destacando-se as do campo reprodutivo, não houve o acompanhamento do direito pátrio, restando aos juízes o encargo de

promover respostas a essa ampla lacuna jurídica, caso a caso, por analogia, costumes e os princípios gerais do direito, conforme autoriza a Lei de Introdução do Código Civil.

Como consequência da falta de legislação específica sobre o método, vê-se a dificuldade de se encontrar mulheres dispostas a se submeterem à gestação por substituição de forma voluntária, com todas as suas consequências físicas e emocionais, o que faz com que vários interessados no procedimento procurem soluções em outros países que versem sobre o tema de forma mais aberta, mesmo sendo de maneira onerosa.

Além do mais, no procedimento realizado no exterior, a criança proveniente dessa técnica de reprodução pode ser facilmente registrada no Brasil, como também pode vir a ter dupla cidadania, dependendo do país de nascimento.

Os tribunais pátrios se baseiam, atualmente, na resolução número 2168/2017 de CFM, que substituiu a Resolução número 2121/2015 do CFM, que pode apenas orientar o enfrentamento dos casos concretos, já que vincula apenas os médicos envolvidos na realização dos procedimentos de reprodução assistida.

### **3 TRATAMENTO DA GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO**

Tratando-se de gestação em substituição, verifica-se que os regramentos jurídicos variam em extremos de um país para outro. As normas que regem a prática vão desde a liberação quase que total tratando as cedentes do útero como uma se estivessem em uma vitrine, até a proibição absoluta, quando não se admite de forma nenhuma o procedimento, punindo a barriga que gera a criança e não permitindo que a contratante possa ficar com ela.

Desde o dia 1º de agosto de 2017, entrou em vigor em Portugal a lei que autoriza a gestação por “barriga de aluguel” ou gestação por substituição. O projeto já havia sido aprovado em 2016, mas precisava de um decreto que especificasse sua regulamentação (informação pelo portal Nós Dois). Esse decreto vem regulamentar a lei número 25/2016, que regulou o acesso à gestação de substituição e estabelece as condições em que “é possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para situações absolutamente excepcionais e com requisitos de admissibilidade estritos” (site português Sábado).

O decreto português estabelece que apenas as mulheres sem útero ou com alguma lesão ou doença que as impeçam de suportar uma gravidez e a levar até ao termo vão poder usufruir da lei da gestação de substituição. É importante destacar que, diferente do Brasil, em Portugal,

ficam de fora casais de homens homossexuais e opções de vida como uma mulher saudável que não queira engravidar ou um homem que deseje ser pai sozinho.

Para poderem iniciar uma gestação de substituição, casal e/ou gestante portugueses devem recorrer a um centro de procriação medicamente assistido, público ou privado, para que seja atestada a infertilidade da mãe e a situação psicológica da gestante. A nova lei define ainda que a gestação em substituição seja totalmente gratuita, com exceção do pagamento das despesas de saúde comprovadas com faturas, diferente dos Estados Unidos, o qual uma barriga de aluguel pode custar entre cem e duzentos mil euros (Valor Econômico, 2015).

Na Espanha, a gestação por substituição é vedada, pois se entende que mãe é aquela que deu à luz. Conforme ensinamento de Valdemar Pereira da Luz (2009, p.174), “na Espanha, a legislação não admite utilização da maternidade substituta, mas se, não obstante a proibição legal verificar-se o nascimento desse tipo, a filiação será determinada pelo parto”. Assim, dispõe a lei 14/2006, art.10, da Espanha:

- 1 – Será nulo de pleno direito o contrato em que for acordada gestação, com ou sem preço, por uma mulher que renuncia à filiação materna em favor do contratante ou de um terceiro.
- 2 – A filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição será determinada pelo parto.
- 3 – Fica a salvo a possível ação de reclamação de paternidade a respeito do pai biológico conforme as regras gerais.

Vê-se, portanto, que, mesmo na Europa ocidental, ainda são poucos os países que regulam gestação por substituição e, mesmo entre esses, como pode-se perceber, há inúmeras diferenças no tratamento legal.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Araújo, Vargas e Martel (2014) destacam que é imperiosa a adoção de uma regulamentação legislativa nacional e internacional que defina a maternidade e a paternidade nos casos de gestação de substituição de forma expressa.

Ainda, este tema releva uma reflexão mais ampla do que o mero debate sobre os possíveis conflitos positivos de maternidade/paternidade e do que a mera adoção de legislação específica: é preciso ponderar as opções pessoais dos indivíduos, a partir das possibilidades hoje permitidas pela ciência, pois a maternidade a partir da gestação por substituição é uma realidade que não pode ser mais ignorada.

A regulamentação tanto em nível nacional quanto internacional deve priorizar pelo melhor interesse da criança, garantindo a ela seus plenos direitos em todos os lugares em que residir habitualmente, sem discriminação em relação à sua filiação, como consentâneo do Direito de Família atual que abriga e tutela a pluralidade das entidades familiares.

## REFERÊNCIAS

Agência O Globo. **Gazeta online.** Disponível em: [https://www.gazetaonline.com.br/bem\\_estar\\_e\\_saude/2017/11/especialistas-comemoram-novas-regras-de-reproducao-assistida-no-brasil-1014106938.html](https://www.gazetaonline.com.br/bem_estar_e_saude/2017/11/especialistas-comemoram-novas-regras-de-reproducao-assistida-no-brasil-1014106938.html)> Acesso em 15 dez 2017.

ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestão de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado.** Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>> Acesso em 15 de dez 2017.

ARISTÓTELES, **Política**, I, 1252a e 1252b, São Paulo, EDIPRO: 2015.

BRASIL. Lei nº 4.667, de 04 de janeiro de 1942. Instituiu o Código Civil. In: BARROSO, Darlan; JUNIOR ARAUJO, Marco Antonio. **Vade Mecum**. 2. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 316.

CASTRO, Carolina Corlletto. **Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro>> Acesso em 15 dez 2017.

COSTA, Cátia Adrea. **Sábado.** Disponível em: <http://www.sabado.pt/portugal/detalhe/tudo-o-que-muda-com-a-nova-a-lei-das-barrigas-de-aluguer>> Acesso em: 15 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ENGLES, Friedrich, **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FIGUEIRA, Luanna da Silva. **Um panorama das famílias no Brasil. Uma análise das construções familiares após a Constituição de 1988**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 04 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49256&seo=1>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

KLINKE, Ângela. **Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/cultura/blue-chip/4154436/agencia-de-barriga-de-aluguel-abre-escritorio-em-sao-paulo>> Acesso em 15 dez 2017.

LOPES, Inez. A família entre pessoas do mesmo sexo e o direito internacional privado. *In* RAMOS, André de Carvalho (org) **Direito Internacional Privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

Nós 2. Disponível em: <<http://www.nos2.co/2017/08/portugal-legaliza-gestacao-por-barriga-de-aluguel/>> Acesso em: 15 dez. 2017.

REIS, Carolina. **Expresso**. Disponível em: <<http://expresso.sapo.pt/sociedade/2017-07-31-Barrigas-de-aluguer-entram-em-vigor-terca-feira>> Acesso em 15 dez 2017.

## CAPÍTULO 15

### O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Fábio José de Andrade Freire<sup>117</sup>

Jaildo da Nóbrega Souto<sup>118</sup>

Lidiane Carneiro da de Andrade<sup>119</sup>

Vaney Ponciano da Silva<sup>120</sup>

Ricardo Berilo Bezerra Borba<sup>121</sup>

#### INTRODUÇÃO

Veremos neste artigo que “o crédito por alimentos e as particularidades das prestações alimentícias, dada sua relevância, despertaram no legislador a preocupação por medidas tendentes a tornar mais efetiva a tutela devida ao respectivo credor” (ARAKEN ASSIS).

Quando nos deparamos com a expressão “pensam alimentícia” ou obrigação de prestar alimentos, associamos de imediato a pensão familiar (separação entre cônjuges, filhos, tec.), ou seja, só relacionamos a família, mas existe também a obrigação de prestar alimentos quando cometemos atos ilícitos de acordo com o artigo 186 do código civil de 2002, como reparação por um dano causado a outrem, como por exemplo “O motorista que em alta velocidade atropela uma pessoa de 45 (quarenta e cinco) anos de idade e que o mesmo tem 03 (três ) filhos, sendo um com 12 anos, outro com 16 anos e outro com 14 anos. Nesse caso o motorista irá indenizar esses filhos até completarem 18 anos e a esposa do mesmo por 20 anos, tendo em vista que caso, o vivo fosse a vítima iria suprir as necessidades de sua esposa, e com o limite provável de vida que tem sido aceita em julgados do STJ é de 65 anos de idade, então a esposa deverá receber pensão alimentícia indenizatória pelo período de 20 anos ou que até melhore suas condições de renda para sobreviver.

---

<sup>117</sup> Aluno do Curso de Graduação em Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP

<sup>118</sup> Aluno do Curso de Graduação em Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP

<sup>119</sup> Aluna do Curso de Graduação em Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP

<sup>120</sup> Aluno do Curso de Graduação em Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP

<sup>121</sup> Professor do Curso de Graduação em Direito do IESP-FACULDADES.

Também veremos, que mesmo sendo criticada por alguns a ausência do cumprimento do pagamento poderá ocasionar a prisão do que está obrigado a pagar a pensão alimentícia, servindo para efeito psicológico para o cumprimento de pagar alimentos, levando em consideração a necessidade do alimentante “a fome não pode aguardar” (ARAKEN DE ASSIS).

## **1. O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A ação por alimentos e a evolução da técnica de cumprimento de sentença. O crédito por alimentos e as particularidades das prestações alimentícias, dada sua relevância despertaram no legislador a preocupação por medidas tendentes a tornar mais efetiva a tutela devida ao respectivo credor.

O novo CPC, contudo, coerente com a lógica de celeridade e eficiência que lhe inspira, trouxe para o âmbito do cumprimento de sentença a execução das divisões definitivas ou interlocutórias que fixem alimentos, a teor do artigo 528 CPC. Dispensa-se nesse novo regime, portanto, a instauração de ação executiva autônoma, seguindo-se com a intimação do executado no próprio procedimento originalmente instaurado pelo credor, em se tratando de decisão definitiva ou em autos apartados em se tratando de decisão provisória (art. 531, §§ 1º e 2º).

O credor, neste momento, pode optar por executar a obrigação observando as regras gerais do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (livro I da parte especial, título II, título III), caso em que não será admirável a prisão do executado ou seguir no procedimento específico que permite a prisão (art.528, § 9º).

## **2. CONCEITO E CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR**

O código civil de 2002 em seu artigo 1.920 deixa claro que “o legado de alimentos abrange o sustento, acura, o vestuário e a casa, do recebedor de alimentos e a estes acrescentam a educação se for menor”.

A palavra alimento, compreende tudo quanto for imprescritível ao sustento, a habitação, ao vestuário, ao tratamento das enfermidades e as despesas de criação e de educação – itens significativamente ampliados no art.7º, IV, da CF/ 1988. Pois bem: O art. 1.692, caput, do CC estipulou que, entre parentes, cônjuges ou companheiros, os alimentos

servirão para o necessitado “viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades, de sua educação”.

O novo Código de Processo Civil determina que devedor da obrigação de prestar alimentos constante de decisão judicial definitiva ou provisória seja intimado para cumpri-la em três dias, ou provar, já tê-lo feito, ou, ainda, justificar a impossibilidade de fazê-lo (art.528). Destaque-se que a intimação do devedor de alimentos terá de ser feita pessoalmente e não através de seu advogado.

Não sendo feito o pagamento, ou não apresentada a prova de sua realização, ou ainda, não sendo justificado a impossibilidade de efetua-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, observadas as regras próprias do art. 517, naquilo que couber (art. 528 § 2º).

Pode haver, contudo, a apresentação de justificativa pelo executado. Todavia, para que o inadimplemento se justifique, a defesa de ser tal que comprove a impossibilidade absoluta de o executado prestar os alimentos a que está obrigado (art.528 §2º).

Vale ressaltar que, o código dispensa maiores formalidades para essa justificativa, basta a simples apresentação de petição, contendo a descrição do fato que gerou a impossibilidade absoluta de pagamento, ou seja, presidindo-se do regime da impugnação ao cumprimento de sentença. Neste caso se a justificativa apresenta não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretará a prisão pelo prazo de um a três meses (art.528 § 3º). A prisão será cumprida em regime fechado, mas deixando-se o devedor separado dos presos comuns (art.528 § 4º).

Além disso, o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas (art.528 § 5º), mas, uma vez paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão (art.528 § 6º).

Disposições próprias do cumprimento da decisão que fixa prestação alimentícia.

## 2.1 Competência

Não é só o juiz originário da causa que se legitima ao processamento da respectiva execução. A critério do exequente, o cumprimento forçado nos termos do art.528 §9º do CPC, poderá ser promovido num dos seguintes juízos:

A) No próprio juízo da causa, onde a decisão exequenda foi pronunciada.

- B) No juízo do atual domicílio do executado, no juízo ao local onde se encontrem os bens sujeitos a execução, ou no juízo onde a obrigação de fazer deva ser executada.
- C) No juízo do domicílio do exequente (regra especial do art.528, § 9º).

O exequente optando por exigir o cumprimento em juízo diverso daquele em que a condenação ocorreu, não haverá expedição de carta precatória. Os próprios autos do processo serão encaminhados pelo juiz de origem ao juízo da execução (art.516, parágrafo único).

## 2.2 Averbação em folha de pagamento

Quando o devedor exercer cargo público, militar ou civil, direção ou gerência de empresa, bem como emprego sujeito a legislação do trabalho, a execução de alimentos será feita mediante ordem judicial de desconto em folha de pagamento (art.529, caput).

Nestes casos, o juiz oficiará a autoridade, a empresa ou ao empregador, determinado, de pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício (art.529 § 1º). O ofício deverá indicar o nome e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito (art.529 § 2º).

## 2.3 Protesto em Decisão Judicial

Caso o devedor não cumpra com o pagamento do débito alimentício sem justificativa ou sendo esta recusada, o juiz além de mandar protestar a decisão na forma do art. 517, decretar-lhe à prisão por prazo de um a três meses (art.528 § 3º).

Não se trata aqui de meio executivo, mas apenas de coação, de maneira que o ato não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos. Vale ressaltar que, o cumprimento da pena privativa de liberdade “não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas” (art.528§ 5º).

## 3. **PRISÃO CIVIL DO EXECUTADO**

A dívida que autoriza a imposição da pena de prisão é aquela diretamente ligada ao pensionamento em atraso, compreendendo as três prestações anteriores ao ajuizamento da

execução e as que vencerem no curso do processo (art.528 § 7º). Não se pode, dessa forma incluir na cominação de prisão de valores como as custas processuais e honorários de advogados.

A prisão será cumprida em regime fechado, mas o preso ficará separado dos detentos comuns (art.528 §4º). Se, contudo, no curso da prisão, a prestação vier a ser paga, o juiz mandará pôr em liberdade o devedor imediatamente (art.528, § 6º).

#### **4. CUMPRIMENTO DA DECISÃO DEFINITIVA E DE DECISÃO PROVISÓRIA DE ALIMENTO**

O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos de acordo com o novo código será processados nos meses em que tenha sido proferida a sentença (art.531§ 2º).

Destaque-se também a substituição da antiga expressão “alimentos provisionais” do artigo 733 do CPC/1973 pela expressão “prestação alimentícia”, que anulou qualquer possibilidade de dúvida quanto ao cabimento de prisão para decisões definitivas, também se unificaram os dois regimes e quanto ao prazo para prisão do executado, mínimo de um e máximo de três meses (art.528caput e § 3º).

Não obstante, estará sempre ressalvada a possibilidade do exercício do poder geral de cautela para permitir ou suspender o levantamento de prestações que exorbitem dos padrões de razoabilidade. Com efeito, não há que se imaginar possível negar a verba alimentícia quando a situação pessoal do credor esteja correndo sério risco no plano de saúde da sobrevivência e das necessidades irrecusáveis nascidas da tutela à dignidade humana.

#### **5. CRIME DE ABANDONO MATERIAL**

O retardamento ou não pagamento injustificado da prestação alimentícia pode ter repercussão penal. Daí o novo código dispor exatamente que constatada a “a conduta procrastinatória do executado”, deverá o juiz se for o caso, dar ciência do ao ministério público dos indícios da pratica do crime de abandono material (art.532).

#### **6. PENSIONAMENTO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO**

Existem no direito material:

- a) Alimentos legítimos que se originam das relações do direito de família.
- b) Alimentos remuneratórios que correspondem aos quais se atribui, por lei, a natureza alimentar.
- c) Alimentos indenizatórios que não aqueles com que se indenizam danos provenientes do ato ilícito.

O procedimento especial de cumprimento de sentença regulados pelos artigos 528 a 532 correspondem apenas os alimentos legítimos. Os remuneratórios executam-se pelas vias comuns de cumprimento de obrigação por quantia certa.

## **7. SENTENÇA DE DECISÃO POR ATO ILÍCITO**

O novo código de processo civil inclui não só as que se originam das relações de família, como também as de reparação de danos provocados pelo ato ilícito. Para estas últimas, existem norma especial para garantir o eventual pensionamento em favor da última ou de seus dependentes.

Assim, “quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constitui capital cuja renda, assegure o pagamento do valor mensal da pensão” (NCPC, art.533).

A finalidade da constituição de capital é a de garantir o adimplemento da obrigação alimentar devida pela prática de ato ilícito, mediante um patrimônio de afetação dos bens do executado, que, entretanto, para o ncpc, não se forma por iniciativa do juiz, mas depende do requerimento do interessado.

Optando pela constituição de capital, o ser montante será definido por meio do procedimento incidental de liquidação de sentença, cujo rito variará conforme o tipo de operação que se fizer necessário para estimar a idoneidade do bem garantido oferecido pelo devedor e sua rentabilidade. Poder-se – á ir do simples cálculo da própria parte até as medidas contenciosas da liquidação por arbitramento ou por artigos (art.509 a 512).

A lei manda que o valor da garantia seja arbitrado de imediato pelo juiz, quando admite substituição do capital por fiança bancária ou garantia real (art.533§2º). Esse arbitramento é para efeito de implantação imediata do pensionamento, o que não impede que posteriormente se discuta uma revisão, em contraditório, para melhor e mais justo equacionamento da situação jurídico- econômica das partes, ad instar que o código admite até mesmo a respeito do valor da pensão (art.533, §3º).

O capital pode ser representado por:

- . Imóveis
- . Direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação.
- . Títulos da dívida pública; ou
- . Aplicação financeiras em banco oficial.

Em qualquer caso sujeitar-se á inalienabilidade e impenhorabilidade, restrições que deverão pendurar enquanto subsistir a obrigação do devedor, além de se constituírem em patrimônio de afetação (bens que não se sujeitarão a responder por outras obrigações do executado) (NCPC, art.533§1º).

Se o pensionamento é dado à vítima do ato ilícito, em compensação de incapacidade laboral, durará enquanto viver. Se a indenização é proporcionada a dependentes da vítima falecida em razão do ato ilícito, a duração do pensionamento dependerá do que se apurara na sentença relativamente ao tempo e ás circunstâncias do direito a alimentos que os dependentes tinham em relação ao morto. A regra geral, é que o culpado pela morte deverá alimentar os dependentes da vítima, pelo tempo equivalente a duração presumível de sua vida e enquanto mantida a condição de dependentes dos beneficiários.

Para tanto, a jurisprudência considerava limite provável de vida de 65 anos. Vale ressaltar que, tem-se adotado como limite a idade correspondente a uma tabela de expectativa de vida, levantada pelo IBGE, que leva em conta a idade que tinha a vítima quando veio a falecer. Essa tabela e, não a rigorosa prevalência do limite de 65 anos, tem sido aceita em julgados do STJ. Atingindo este momento, ou excluindo-se a condição de dependentes dos beneficiários (maioridade, emancipação, casamento, morte, etc.), cessa a obrigação alimentar do causador do dano.

Os bens, que integram a fonte de rendimentos com que se realiza a pensão, continuam sendo de propriedade do devedor. Não há transferência de domínio ao credor, mas apenas vinculação ao cumprimento da condenação.

A critério do juiz, a constituição do capital (representado por imóveis, direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras)

Poderá ser substituída por uma das seguintes medidas (art.533§2º):

- A) Inclusão do exequente em folha de pagamento;
- B) Fiança bancária;

C) Garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

O novo código de processo civil alerta que a inclusão em folha de pagamento deve ser realizada apenas contra pessoas jurídicas de notória capacidade econômica. A deliberação de substituir o capital previsto no §1º do art.533 (imóveis, direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos públicos ou aplicações financeiras em banco oficial) por inclusão em folha de pagamento é decisão que o juiz toma independentemente de requerimento ou aquiescência do exequente ou do executado.

Já a substituição por fiança bancária ou garantia real somente pode ocorrer a requerimento do executado. Uma vez requerida a substituição, porém, se sujeita a parte ao valor que o juiz arbitrar de imediato (§2º). Podendo assim, posteriormente haver revisão para melhor ajuste das garantias à realidade do pensionamento, a exemplo do que se permite para revisão do próprio valor da pensão (art.533§3º).

Para que se defira a substituição do capital por fiança bancária ou garantia real é necessário que a parte se submeta ao arbitramento imediato do juiz, não há mais permissão para a fiança comum. Nos termos da lei, apenas a fiança bancária pode ser utilizada para garantia ao pensionamento judicial.

## **8. REVISÃO, CANCELAMENTO, EXONERAÇÃO OU MODIFICAÇÃO DO PENSIONAMENTO**

O novo código de processo civil, dispôs expressamente, e ad imtar do dever familiar de alimentos que “se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação” (art.533§3º). Para tanto faz-se necessário, uma ação revisional, que tramitará segundo o procedimento comum.

Segundo o STJ, admite-se a alteração do valor da prestação de alimentos decorrentes do ato ilícito quando acontecer duas hipóteses:

O decréscimo das condições econômicas da vítima, compreendendo, neste caso, a eventual defasagem de indenização fixada.

A modificação na capacidade de pagamento do devedor, que pode ser analisada da seguinte maneira:

A) Se houver melhora, poderá requerer revisão para mais, até atingir a integralidade do dano material futuro;

B) Se houver piora, caberá ao devedor pedir a revisão para menor em atenção ao princípio da dignidade humana, e segundo a faculdade concedida pelo então art.533§3º.

Ressalte-se que a melhora unilateral das condições econômicas da vítima não pode reverter, por si só, em prêmio para o causador do dano irreversível, de modo que, in casu, não caberá a exoneração ou a redução do pensionamento.

Finalmente, terminada a obrigação de cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade sobre o capital vinculado à execução, restabelecendo-se sobre ele a plena disponibilidade do devedor.

Se for o caso de desconto em folha dar-se-á seu encerramento, e se houver garantias de quaisquer espécies serão canceladas. Em qualquer caso, porém, os interessados deverão solicitar a decisão do juiz da execução, a quem compete determinar o cancelamento ou a exoneração mencionada (art.533§5º).

No caso de lesão incapacitante ou que reduza a capacidade de trabalho da vítima, o pensionamento pode, segundo o art.950, parágrafo único do CC, ser substituído por uma indenização a ser paga de uma vez. Essa substituição depende de opção do prejudicado e terá o valor arbitrado, de forma específica, para a remodelação do ressarcimento único, segundo prudente arbitro do juiz

## **9 PENSIONAMENTO EM SALÁRIO MÍNIMO**

O novo código de processo civil manteve tal indexação pelo uso do mínimo como referência para fixar o valor do pensionamento derivado de ato ilícito, prevendo claramente que “a prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário mínimo” (art.533§4º).

Tendo em vista que o STF já vinha decidindo que a pensão no caso de responsabilidade civil deveria ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustada às variações ulteriores (súmula nº490).

## **10 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Concluimos neste artigo que, ao contrário do que muitos pensam quando nos referimos a pensão alimentícia, não relaciona-se apenas a “vara de família” mas também

existe a “obrigação de pagar alimentos” por atos ilícitos, inclusive aqueles que trazem transtornos irreversíveis a vítima e seus dependentes.

Ademias, quando não se cumpre a pensão alimentícia se faz necessário o uso do que determina o NCPC/1973, a coerção do executado quando este não cumpre com sua obrigação pelo período de 1 a 3 meses, determinando assim a prisão do devedor, como forma de “pensão psicológica que a “fome não pode esperar”.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, volume IV [livro eletrônico]: manual da execução / Araken de Assis – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.