

Caroline Bastos de Paiva Borges (Org.)

TEMAS
JURÍDICOS
PLURAIS



Esta é uma obra que contempla uma coletânea de artigos com uma abordagem inovadora, mesclando textos teóricos com estudos de decisões judiciais paradigmáticas, sem perder de vista os projetos de lei que visam alterar dispositivos retrógrados das nossas leis. São discutidos temas dos mais atuais e relevantes do Direito por estudantes e profissionais de diferentes disciplinas, as quais se pretende evidenciar nos mais variados círculos acadêmicos. Lançar olhares múltiplos para as diversas questões do Direito importa, no contexto desta publicação, compartilhar inquietações em perspectivas críticas, buscando-se aprofundar diante da ciência jurídica e aproximá-la da realidade. Neste contexto, a coletânea confirma a complexidade, a diversidade e a interdisciplinaridade inerentes ao Direito, ao mesmo tempo que evidencia a necessidade de se promover interações de saberes e de abordagens que colaborem para pesquisa e aproximação da teoria jurídica com a prática.



Temas Jurídicos Plurais

Temas Jurídicos Plurais

Organizadora:

Caroline Bastos de Paiva Borges



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BORGES, Caroline Bastos de Paiva (Org.)

Temas jurídicos plurais [recurso eletrônico] / Caroline Bastos de Paiva Borges (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

210 p.

ISBN - 978-65-87340-68-5

DOI - 10.22350/9786587340685

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Ciências Jurídicas; 2. Direitos Humanos; 3. Ética; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
1	13
Educação em direitos humanos e diversidade sexual nas escolas Ana Vitória Brito Amorim	
2.....	26
A responsabilização civil do médico e do Estado perante a objeção de consciência médica nos casos de aborto legal Camila Nunes Cronemberger Miranda	
3.....	37
Multiparentalidade à luz da jurisprudência brasileira Débora Soares Vieira	
4.....	48
O sistema de dois turnos e as eleições presidenciais brasileiras de 2018 Diego Victor Coêlho Araújo	
5.....	60
A violação dos princípios constitucionais na prisão dos travestis e transexuais: a heteronormatividade e o binarismo de gênero se perpetuando no cárcere Francisca Áurea Paraiba e Silva	
6.....	70
Responsabilidade civil pelo rompimento do noivado à luz da jurisprudência brasileira Glauber Matheus Araujo Rodrigues	

7.....	83
O panorama do trabalho intermitente nas relações de trabalho doméstico	
João Felipe Souza Elva de Sá	
8	96
Judicialização do direito à saúde e os requisitos utilizados para sua efetivação à luz da jurisprudência do tribunal de justiça do Estado do Piauí	
Luciana Mesquita Santos	
9.....	116
A violência sexual contra meninos e seus reflexos	
Maria Luiza Barbosa Sousa	
10	130
Estigmatização dos homossexuais masculinos e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5543)	
Maria Mirian Moreira Pinheiro	
11.....	141
Representação feminina na política: desafios sociais e das instituições democráticas	
Mariana Pereira Soares	
12	154
Obrigações de alimentos entre ex-cônjuges à luz da jurisprudência brasileira	
Marina de Araújo Meneses Brito	
13	171
Desligamento institucional pela maioridade: os filhos do abandono	
Roberta da Silva Lages Costa	
14	182
Responsabilidade civil do agente público decorrente de atos de improbidade administrativa	
Victória Neves da Silva	
15	200
A dificuldade teórico-prática da efetivação dos direitos humanos no mundo contemporâneo: quando a cultura colidiu com o direito	
Walter Rego Ferreira Filho	

Apresentação

Esta é uma obra que contempla uma coletânea de artigos com uma abordagem inovadora, mesclando textos teóricos com estudos de decisões judiciais paradigmáticas, sem perder de vista os projetos de lei que visam alterar dispositivos retrógrados das nossas leis. São discutidos temas dos mais atuais e relevantes do Direito por estudantes e profissionais de diferentes disciplinas, as quais se pretende evidenciar nos mais variados círculos acadêmicos.

No primeiro texto Ana Vitória Brito Amorim desenvolve uma reflexão sobre o papel da escola diante da educação para a diversidade sexual. Problematicando sobre o enfrentamento da educação para a diversidade sexual e a atuação das escolas e professores como uma exigência social, política e pedagógica, para realização dos direitos humanos.

No segundo texto Camila Nunes Cronemberger Miranda analisa o confronto legal entre o direito de aborto contemplado pela legislação e o direito de escusa médica alegando Objeção de Consciência, também assegurado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

Débora Soares Vieira é a autora do terceiro texto no qual analisa criticamente a multiparentalidade diante da jurisprudência atual pátria. Evidenciando a falta de regulamentação da realidade de muitas famílias brasileiras.

“O sistema de dois turnos e as eleições presidenciais brasileiras de 2018” é o texto assinado por Diego Victor Coêlho Araújo, no qual o autor tem como objetivos analisar o papel do sistema de dois turnos diante do pluripartidarismo brasileiro, a influência da polarização política e do voto útil no sistema eleitoral vigente, analisar estaticamente os resultados das eleições presidenciais de 2018 e a PEC 230/2019, que pretende alterar o

sistema de segundo turno vigente, para que concorram os três candidatos mais votados.

Francisca Áurea Paraiba e Silva é a autora do texto intitulado “A violação dos princípios constitucionais na prisão dos travestis e transexuais: a heterormatividade e o binarismo de gênero se perpetuando no cárcere”. Neste texto a autora em síntese averigua como o sistema carcerário, se perpetua em um sistema de binarismo de gênero, onde há uma diversidade sexual marginalizada pelo preconceito e pela omissão de direitos civis e sociais ocasionada pelo Estado e pela sociedade civil.

Glauber Matheus Araujo Rodrigues em seu texto, problematiza a responsabilidade civil pelo rompimento do noivado à luz da jurisprudência brasileira, e se há ou não a possibilidade de incindir algum tipo de indenização.

No campo trabalhista João Felipe Souza Elvas de Sá no texto “O panorama do trabalho intermitente nas relações de trabalho doméstico.” Apresenta reflexões críticas do panorama da relação de emprego doméstica ante ao trabalho intermitente, inserido no ordenamento jurídico trabalhista através da lei 13. 467/17 (reforma trabalhista).

Luciana Mesquita Santos pauta a questão da judicialização do Direito à saúde e os requisitos utilizados para sua efetivação à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. A partir da análise dessas jurisprudências serão constatadas informações a respeito da corrente seguida pelo referido Tribunal de Justiça, chegando à conclusão da existência ou não de requisitos firmados a serem seguidos para a concessão ou não desse direito.

Maria Luiza Barbosa Sousa relaciona violência sexual, masculinidade e cultura patriarcal analisando o contexto geral da masculinidade, e seus efeitos atuais, analisando ainda a atual legislação brasileira acerca das violências sexuais se realmente a cultura patriarcal brasileira influencia ou não nos índices de violência sexual de meninos, infantes e adolescente.

No texto intitulado “Estigmatização dos homossexuais masculinos e o julgamento da ação de inconstitucionalidade (ADI 5543)”, Maria Mirian

Moreira Pinheiro problematiza o processo de estigmatização dos homossexuais ao longo da história, principalmente no que concerne a doação de sangue. Tendo em vista, que fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro duas normas proibitivas acerca da doação de sangue feita por homossexuais do sexo masculino e por violar princípios constitucionais foram declaradas inconstitucionais pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5543).

Mariana Pereira Soares desenvolve uma reflexão sobre o desafio da representação feminina na política e ações afirmativas que estabeleceram cotas partidárias para mulheres, assim como outras medidas de ingresso de mulheres na política. A autora problematiza o enfrentamento de barreiras para a candidatura das mulheres e a luta por espaço político.

“Obrigação de alimentos entre ex-cônjuges à luz da jurisprudência brasileira” é o texto assinado por Marina de Araújo Meneses Brito, na qual a autora tem como objetivo mostrar a evolução deste instituto e todas as questões que versam sobre ele. Fazendo um diálogo entre o Direito de Família, a prestação de alimentos e a independência feminina.

Roberta da Silva Lages Costa é autora do texto “Desligamento institucional: os filhos do abandono.” Neste texto, a autora busca analisar o papel do Estado e da sociedade na garantia dos direitos pertencentes à criança e ao adolescente, ressaltando a ascensão de status destas pessoas, que antes eram vistas como objetos de tutela do Estado, e passaram a ser consideradas sujeito de direitos. Bem como analisa o acolhimento institucional, e como ele funciona para tentar assegurar o direito a convivência familiar da criança.

Interagindo com a temática da Responsabilidade Civil, Victória Neves da Silva, no texto: “Responsabilidade Civil do agente público decorrente de atos de improbidade administrativa.” Apresenta reflexões críticas a responsabilidade civil do agente público (sujeito ativo de improbidade), por atos praticados nas formas omissivas ou comissivas.

No texto final, intitulado “A dificuldade teórico-prática da efetivação dos Direitos Humanos no mundo contemporâneo: quando a cultura

colidiu com o Direito.” Walter Rego Ferreira Filho, analisa as dificuldades teóricas de implementação dos direitos humanos, enquanto garantias do cidadão previstas em instrumentos normativos internacionais.

Lançar olhares múltiplos para as diversas questões do Direito importa, no contexto desta publicação, compartilhar inquietações em perspectivas críticas, buscando-se aprofundar diante da ciência jurídica e aproximá-la da realidade. Neste contexto, a coletânea confirma a complexidade, a diversidade e a interdisciplinaridade inerentes ao Direito, ao mesmo tempo que evidencia a necessidade de se promover interações de saberes e de abordagens que colaborem para pesquisa e aproximação da teoria jurídica com a prática.

Caroline Bastos de Paiva Borges

Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal do Piauí e
mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba

Educação em direitos humanos e diversidade sexual nas escolas

*Ana Vitória Brito Amorim*¹

1. Introdução

No Brasil, a educação cumpre uma função constitucional que ultrapassa o preparo para o mercado de trabalho, objetivando também o ensino para o exercício da cidadania e o pleno desenvolvimento da pessoa. Esses objetivos estão fundamentados constitucionalmente em valores democráticos comprometidos com direitos de liberdade, vida, igualdade e pluralidade.

Nesse sentido, a educação em direitos humanos é um instrumento estratégico para a consolidação da democracia no país, promovendo a construção de uma cultura que reconheça cada pessoa enquanto sujeito de direitos, mantendo-os a salvo de quaisquer violações.

Por tais motivos, esse artigo tem como objetivo central analisar possibilidades de uma educação comprometida com o respeito à dignidade da pessoa humana em promover da mesma maneira o reconhecimento e respeito às diversidades sexuais dentro do contexto escolar, meio este reflexo de uma sociedade que vive sob o comando da heteronormatividade.

Através de uma revisão bibliográfica, delineia-se em três tópicos ideias sobre educação em direitos humanos e a diversidade sexual nas escolas. Em primeiro momento, é evidenciada a invisibilização da

¹ Graduada em Direito pelo Instituto Camillo Filho.

diversidade sexual dentro das escolas e a forma como as mesmas tratam sobre o tema. Em seguida, busca-se entender, de forma básica, o conceito e os princípios que sustentam a educação em direitos humanos. Por fim, educação, direitos humanos e diversidade sexual são interligados de modo a proporcionar uma melhor compreensão sobre as possibilidades de uma educação escolar que promova o respeito às diversidades.

2. Diversidade sexual nas escolas

Ao refletir sobre sexo, gênero e sexualidade vê-se que a sociedade sanciona aos indivíduos uma norma que vem padronizá-los de acordo com uma lógica binária que liga o sexo biológico, macho ou fêmea, aos gêneros masculino ou feminino, existindo uma única forma de orientação sexual a ser vivenciada, a heterossexualidade.

A transmissão dessa norma social se dá cotidianamente, de forma direta ou indireta, mas sempre reafirmando a lógica binária do gênero e a posição hierarquicamente superior da heterossexualidade a todas as outras formas de expressões da sexualidade humana.

Através de estratégias e táticas aparentes ou sutis reafirma-se o princípio de que os seres humanos nascem como macho ou fêmea e que seu sexo – definido sem hesitação em uma destas duas categorias – vai indicar um de dois gêneros possíveis – masculino ou feminino – e conduzirá a uma única forma normal de desejo, que é o desejo pelo sujeito de sexo/ gênero oposto ao seu. (LOURO, 2009, p. 89)

Amaral Junior (2016, p. 19) compreende que a afirmação da heteronormatividade ocorre continuamente e até mesmo de modo despercebido em diversas práticas sociais, culturais, pedagógicas, e até mesmo em processos de aprendizagem.

Considerando que a estrutura social da heteronormatividade está instaurada em diversas instâncias sociais, na escola não é diferente. Permeia no cotidiano escolar um conjunto de valores e práticas que

inferiorizam aquelas e aqueles não sintonizados ao padrão heteronormativo, como se interpreta do que diz Junqueira (2014, p. 103):

Historicamente, a escola brasileira estruturou-se a partir de pressupostos tributários de um conjunto de valores, normas e crenças responsável por reduzir à figura do “outro” (considerado estranho, inferior, pecador, doente, pervertido, criminoso ou contagioso) quem não se sintoniza com os arsenais cujas referências eram (e são) centradas no adulto, masculino, branco, heterossexual, burguês, física e mentalmente “normal”.

Assim, a heteronormatividade também está presente no ambiente escolar, onde a diferença é ensinada, produzida, reiterada. Nas escolas, outras formas de expressões da sexualidade não são admitidas e os sujeitos que resistem a essa padronização são excluídos.

É fato observado que na escola se aprende a diferença, e que historicamente a escola trata de colocar para fora sujeitos que resistem a normatização de suas identidades sexuais e de gênero a partir de padrões hegemônicos, assim como também exclui quando tratam de identidades raciais ou de classes desvalorizadas socialmente. (BELLO; LUZZI, 2009, p. 4694)

Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais são impedidos de existir dentro do ambiente escolar, o que não ocorre apenas através da invisibilização das diversidades mas também através do silenciamento, ocultamento ou negação de tal modo que se garanta que a heteronormatividade se torne efetiva e abranja a todas e todos.

Além disso, tão ou mais importante do que escutar o que é dito sobre os sujeitos, parece ser perceber o não-dito, aquilo que é silenciado — os sujeitos que não são, seja porque não podem ser associados aos atributos desejados, seja porque não podem existir por não poderem ser nomeados. Provavelmente nada é mais exemplar disso do que o ocultamento ou a negação dos/as homossexuais — e da homossexualidade — pela escola. Ao não se falar a respeito deles e delas, talvez se pretenda “eliminá-los/as”, ou, pelo menos, se pretenda evitar que os alunos e as alunas “normais” os/as conheçam e possam desejá-los/as. Aqui o silenciamento — a ausência da fala — aparece como uma espécie de garantia da “norma”. (LOURO, 1997, p. 67-68)

O silêncio é exigência para qualquer eco sobre a diversidade sexual, configurando uma censura implícita ao debate sobre esse tema. A sexualidade trabalhada pelas escolas restringe-se a função reprodutiva e ignora as dimensões do prazer e do afeto, barreira esta que não é ultrapassada.

Prevalece a exigência do silêncio sobre a diversidade, em matéria de sexualidade. Essa omissão denuncia uma tendência à censura implícita ao tema. A sexualidade não-heterossexual, em sua dimensão de superação da lógica reprodutiva e supostamente natural, é um interdito, constituindo-se em um tabu. Nos livros didáticos, a sexualidade somente é passível de enunciação quando remete ao coito heterossexual e à compreensão de seus efeitos reprodutivos. (DINIZ; LIONÇO, 2009, p. 11)

Além da redução do debate sobre sexualidade a função reprodutiva há outros discursos que se entrelaçam quando o tema é levantado, tais como valores religiosos, éticos e pessoais, dificultando a promoção de políticas e práticas sobre o tema.

As estratégias políticas e educativas em torno da diversidade sexual mobilizam valores pessoais, religiosos, éticos etc. ainda mais complexos do que os postos em ação em função das doenças e da gravidez, mostrando o terreno movediço em que se instalam práticas de intervenção e formação. (ALTMANN, 2013, p. 76)

A escola transmite conhecimento legitimando a cultura heteronormativa e invisibilizando a diversidade sexual no processo pedagógico como um todo. É esse silenciamento sobre as diversas formas de expressão da sexualidade um dos modos pelos quais se legitima a heterossexualidade como única forma de expressão sexual possível e superior a quaisquer outras manifestações, seja por parte de alunas e alunos seja por parte de funcionárias e funcionários. A escola é um ambiente hostil às diversidades sexuais.

3. Educação em Direitos Humanos

A educação em direitos humanos é uma proposta de educação diferente das convencionais. O educar em direitos humanos vai além do conhecimento de tratados internacionais e dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, este educar envolve experiências diárias de direitos humanos e a vivência de valores permeados pela dignidade da pessoa humana, pelo reconhecimento de si e de outro enquanto sujeitos de direitos e pelo exercício da cidadania.

Senão vejamos o que leciona Tavares (2007, p. 488-498):

A finalidade maior da EDH, portanto, é a de atuar na formação da pessoa em todas as suas dimensões a fim de contribuir ao desenvolvimento de sua condição de cidadão e cidadã, ativos na luta por seus direitos, no cumprimento de seus deveres e na fomentação de sua humanidade. Dessa forma, uma pessoa que goza de uma educação neste âmbito, é capaz de atuar frente às injustiças e desigualdades, reconhecendo-se como sujeito autônomo e, ademais, reconhecendo o outro com iguais direitos, dentro dos preceitos de diversidade e tolerância, valorizando assim a convivência harmoniosa, o respeito mútuo e a solidariedade.

Lima (2018, p. 34) atenta para a forma como o Plano Nacional de Direitos Humanos 3 priorizou a educação direitos humanos como eixo estratégico para a disseminação de uma cultura de paz. Neste plano, o objetivo é formar uma consciência que valorize a alteridade, tolerância, solidariedade, comprometida contra todas as formas de discriminação opressão e violência.

Vale destacar que uma educação em direitos humanos preocupa-se em formar uma cultura de respeito à dignidade do ser humanos, conforme Benevides (2003, p. 309-310):

A educação em direitos humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana mediante a promoção e a vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação dessa cultura significa criar,

influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados - os quais devem se transformar em práticas.

A educação em direitos humanos vem se consolidando no Brasil através da atividade de organizações da sociedade civil como também por políticas públicas, principalmente com o lançamento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, elaborado pelo Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos no ano de 2003 (CANDAUI, 2012, p. 13).

Silva e Tavares (2013, p. 54) entendem que tanto o PNDH-3 quanto o PNEDH possuem como máxima a formação humana, o respeito à dignidade, à diversidade e à diferença. Além disso, estabelecem a compreensão da construção de uma cultura no processo educativo que seja crítica, problematizadora, apta a gerar conhecimento seguindo pautas e demandas sociais.

Avançando na disseminação de uma cultura de direitos humanos, as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, trazem, em seu art. 3º, os princípios sob os quais essa educação deve se fundamentar, como a dignidade humana, o reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades e a democracia na educação, princípios estes fundamentais para a compreensão de uma educação para a diversidade.

Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios:

- I - dignidade humana;
- II - igualdade de direitos;
- III - reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades;
- IV - laicidade do Estado;
- V - democracia na educação;
- VI - transversalidade, vivência e globalidade; e
- VII - sustentabilidade socioambiental.

Nessa mesma linha de raciocínio, o PNEDH, nos princípios que norteiam a EDH no ensino básico, consolida a ideia de que a educação deve

ter a função de desenvolver uma cultura de direitos humanos em todos os espaços sociais reconhecendo, nessa oportunidade, a escola como espaço privilegiado para construção e consolidação da cultura de direitos humanos (BRASIL, 2007, p. 19). Assim, vislumbra-se que o ensino básico em que exista uma educação voltada para os direitos humanos siga tais valores:

A escola com Educação em Direitos Humanos é um espaço essencialmente democrático, de participação, de inclusão, de lutas, de conflitos e respeito às opiniões, concepções, opções e orientações que devem ser trabalhados na perspectiva do enriquecimento das diferenças e de múltiplas aprendizagens, em que o diálogo é o elemento norteador das relações entre as pessoas. (SILVA, 2014, s/p)

O processo educativo que tenha por fundamento os direitos da pessoa humana se baseia no respeito à dignidade humana em suas diversas facetas, ocorrendo de forma dialógica que permita uma ampla participação dos sujeitos envolvidos e, principalmente, que permita que todos evoluam com as trocas e as diferenças.

4. Educação, direitos humanos e diversidade sexual

O educar tem potencial para promover grandes mudanças sociais haja vista que é um instrumento democrático que possibilita compartilhamento, troca e produção de novos conhecimentos. É através do processo educacional desenvolvido no espaço escolar que crianças e adolescentes caminham para seu pleno desenvolvimento de modo que o aprendizado que persiga sua função constitucional se baseia em valores democráticos e em respeito ao ser humano.

A educação se configura como instrumento emancipatório que tem por máxima a superação de processos discriminatórios, consolidando a democracia. A escola, como ambiente democrático, é um espaço em que existe a pluralidade do meio social, ou seja, é reflexo da diversidade

presente na sociedade, conforme se interpreta da seguinte ideia de Diniz e Lionço (2009, p. 09):

A educação é uma ferramenta política emancipatória, que deve superar processos discriminatórios socialmente instaurados, a fim de transformar a realidade pela reafirmação da ética democrática. Nesse sentido, a escola é um espaço de socialização para a diversidade.

Ao pensar sobre o tratamento dado pelas escolas à temática de diversidade sexual vê-se que a estrutura social da heteronormatividade ali arquitetada cerceia a autonomia do sujeito e configura uma violação dos direitos humanos (JUNQUEIRA, 2014).

O processo educacional deve ocorrer de forma democrática, proporcionando a todas e todos a liberdade de aprender de maneira digna e livre de quaisquer opressões, preconceitos e discriminações. Uma educação baseada na inferiorização e na exclusão das diferenças não cumpre sua função social, não age para a transformação nem para a emancipação dos sujeitos.

Uma Política Pública de Educação que parta de premissas nas quais a diferença tem como significantes defeito, inadequação e desigualdade não cumpre o papel transformador e emancipador da educação e muito menos de uma educação para direitos humanos. (SILVA, 2011, p. 61)

Diante disso, o PNEDH prevê como ação programática “a inclusão, no currículo escolar, das temáticas relativas a gênero, identidade de gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, pessoas com deficiências, entre outros, bem como todas as formas de discriminação e violações de direitos, assegurando a formação continuada dos(as) trabalhadores(as) da educação para lidar criticamente com esses temas” (BRASIL, 2006, p. 20-21).

Entretanto, para que a educação em direitos humanos cumpra de fato seu papel transformador e emancipatório deverá atuar visando ao rompimento de estruturas que padronizam os indivíduos e oprimem as

diferenças. O educar em direitos humanos vai além do mero ensino sobre o conteúdo desses direitos, esse educar precisa de questionamentos e problematizações, principalmente ao tratar sobre diversidade sexual, tema que requer o rompimento da heteronormatividade e a visibilidade das diferenças.

Nesse sentido, Junqueira (2014, p. 120) pontua as seguintes observações:

Na escola, antes de falar em respeito às diferenças, vale questionar processos sociocurriculares e políticos por meio dos quais elas são produzidas, nomeadas, (des)valorizadas. Não basta denunciar o preconceito e apregoar maior liberdade: é preciso desestabilizar processos de normalização e marginalização. Muito além da busca por respeito e vago pluralismo, vale discutir e abalar códigos dominantes de significação, desestabilizar relações de poder, fender processos de hierarquização, perturbar classificações e questionar a produção de identidades reificadas e diferenças desigualadoras.

Problematizar a heteronormatividade é também uma forma de se promover a justiça social para aquelas e aqueles que vivenciam a sexualidade e o gênero diferentemente da norma social heterossexual.

Problematizar as estratégias discursivas que naturalizam a heterossexualidade e essencializam as performances de gênero, associando-as linearmente à ordem biológica do sexo, visa à promoção da justiça social para quem vivencia a sexualidade e o gênero de modo dissonante à matriz de inteligibilidade heterossexual, atualmente tida como o padrão moral hegemônico. (DINIZ; LIONÇO, 2009, p. 65)

Relembrando que Furlani (2009, p. 302) conceitua, didaticamente, que “os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na inerente liberdade, dignidade e igualdade de todos os seres humanos”. Contudo, vale ressaltar que a busca por respeito à diversidade sexual não é uma mera busca pela igualdade mas sim uma busca pelo respeito ao direito de ser diferente, o que não implica necessariamente na negação do polo oposto mas em sua articulação, como ensina Candau (2012, s/p):

No entanto, atualmente a questão da diferença assume uma importância especial e se transforma num direito, não só o direito dos diferentes a serem iguais, mas o direito de afirmar a diferença em suas diversas especificidades. Pessoalmente, me inclino a defender que certamente há uma mudança de ênfase e uma questão de articulação. Não se trata de afirmar um pólo e negar o outro mas de articulá-los de tal modo que um nos remita ao outro.

A partir dessas reflexões, ressalta-se o papel democrático das escolas em promover uma educação digna, livre de preconceitos e opressões, com relações harmônicas em que hajam o respeito mútuo a condição de ser humano com todas as suas diversidades.

Para tanto, a escola não pode ser o espaço por excelência da produção de lugares minoritários, mas tornar-se um agente promotor da ruptura com qualquer compromisso com a manutenção de um pacto com o princípio da harmonia. Assumir o elemento do contraditório é fundamental para que a diferença possa ser vista como uma faceta necessária da vida humana e positiva. (SILVA, 2011, p. 65)

O compromisso da educação em direitos humanos com o reconhecimento e valorização das diferenças é de fato um dos pilares que sustentam o debate e a promoção do respeito às diversidades sexuais dentro do ambiente escolar, principalmente, pelo caráter democrático da instituição a qual está alicerçada no pleno desenvolvimento da pessoa.

5. Considerações finais

A educação em direitos humanos é um mecanismo democrático voltado para a construção de uma cultura de direitos humanos e que objetiva consolidar a democracia, contribuindo para que direitos de vida e liberdade constitucionalmente previstos possam ser exercidos de forma digna e livre de opressão, discriminação e preconceito.

Por seu caráter democrático, a educação em direitos humanos revela-se apta a promover a emancipação dos sujeitos no contexto escolar,

aproveitando o ambiente de aprendizado, desenvolvimento, troca e que proporciona um contato mais próximo com diversas demandas sociais.

Uma educação nesse sentido está apta a questionar a estrutura heteronormativa e dar visibilidade a diversidade existente no cotidiano escolar. A escola tem por obrigação combater a violação de direitos humanos. Por tal motivo, a invisibilização das diversidades sexuais, a reprodução de uma hierarquia sexual e a desqualificação daqueles que são diferentes são completamente incompatíveis com a função constitucional que é atribuída a educação bem como com a construção de uma cultura de direitos humanos.

Referências

ALTMANN, Helena. **Diversidade sexual e educação: desafios para a formação docente.**

Rio de Janeiro, Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana, n. 13, p. 69-82, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Ilmar Pereira do. **Educação para a diferença é um direito: a adequação constitucional das políticas públicas de combate à homofobia nas escolas.**

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

BELLO, Melissa Colbert; LUZZI, Jacqueline. **Gênero e Diversidade Sexual na Escola: da exclusão social à afirmação de direitos. A experiência do núcleo de gênero e diversidade sexual da Secretaria de Estado da Educação do Paraná.** Anais. In: IX Congresso Nacional de Educação-EDUCERE, III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. PUC/PR. 2009.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos: de que se trata.** Formação de educadores: desafios e perspectivas. São Paulo: UNESP, 2003, p. 309-318.

BENEFÍCIOS, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos: de que se trata.** Formação de educadores: desafios e perspectivas. São Paulo: UNESP, 2003, p. 309-318.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos: 2007.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

CANDAUI, Vera Maria. **Diferenças culturais, interculturalidade e educação em direitos humanos.** Educação & Sociedade, v. 33, n. 118, p. 235-250, 2012.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. **Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual**. In: DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. (Orgs.). Homofobia & educação: um desafio ao silêncio. 1. ed. Brasília: LetrasLivres, 2009, p. 47-71.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. **Qual a diversidade sexual dos livros didáticos brasileiros?**. In: DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. (Orgs.). Homofobia & educação: um desafio ao silêncio. 1. ed. Brasília: LetrasLivres, 2009, p. 09-13.

FURLANI, Jimena. Direitos Humanos, **Direitos Sexuais e Pedagogia Queer: o que essas abordagens têm a dizer à Educação Sexual?**. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz. (Org.). Diversidade Sexual na educação: problematizações sobre homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009, p. 293-323.

LIMA, Luciana Ferreira. **Educação e ensino em direitos humanos: a tutela jurídica brasileira para a educação humanística**. In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 27, 2018, Porto Alegre.

LOURO, Guacira Lopes. **Heteronormatividade e homofobia**. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz. (Org.). Diversidade Sexual na educação: problematizações sobre homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009, p. 84-93.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Heteronormatividade e vigilância de gênero no cotidiano escolar**. Transposições: lugares e fronteiras em sexualidade e educação. Vitória: EDUFES, p. 99-124, 2014.

TAVARES, Celma. **Educar em direitos humanos, o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar**. Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Universitária, 2007, p. 487-503.

SILVA, Aida Maria Monteiro. **Educação, Escola e Direitos Humanos**. In: Curso Intensivo de Educação em Direitos Humanos, 2014, São Paulo. São Paulo: Memorial da Resistência do Estado de São Paulo, 2014, v. 01. p. 85-102.

SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. **Educação em direitos humanos no Brasil: contexto, processo de desenvolvimento, conquistas e limites**. Porto Alegre, Educação, v. 36, n. 1, p. 50-58, 2013.

SILVA, Alessandro Soares da. **Políticas públicas, educação para os direitos humanos e diversidade sexual**. Trivium-Estudos Interdisciplinares, v. 3, n. 2, p. 58-72, 2011.

A responsabilização civil do médico e do Estado perante a objeção de consciência médica nos casos de aborto legal

Camila Nunes Cronemberger Miranda

Introdução

O Código Penal brasileiro, em observância aos princípios normativos elencados na Constituição Federal de 1988, concede à mulher, a possibilidade de interrupção da gravidez em alguns casos. O inciso primeiro do artigo 128 do Código dispõe acerca da prática abortiva diante do risco de vida à gestante, conhecida como aborto “terapêutico” ou “necessário”. Em seu inciso segundo, dispõe-se sobre o chamado aborto “humanitário”, “sentimental”, “ético” ou “piedoso”, isto é, quando a gravidez é decorrente de violação sexual. Nas hipóteses listadas acima, o procedimento abortivo é opcional, legal e passível de realização pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Entretanto, embora haja respaldo legal, o caso concreto aponta dificuldades enfrentadas por mulheres no momento de solicitar ajuda médica. Há uma carência não só de centros especializados na área, mas também de profissionais dispostos a realizar o procedimento, visto que muitos se escusam alegando Objeção de Consciência, direito também assegurado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Tomando como base o cenário atual, de deficiência hospitalar e insuficiência médica de atendimento às mulheres que necessitam e optam pelo aborto legal, como ocorre a responsabilização civil do Estado e do profissional de saúde? É importante ressaltar que ambos os direitos são assegurados em âmbito

constitucional, todavia, o abuso de um pode gerar a negligência perante o outro, ensejando vítimas e consequências futuras.

O presente artigo aborda a problemática supramencionada. Tem-se como objetivo geral esclarecer os direitos mencionados e seus respectivos limites, indagando quem tem a responsabilidade civil diante da vida, saúde mental e corporal feminina em virtude de desassistência médica digna. Como objetivos específicos, tem-se a diferenciação entre aborto legal e ilegal, o conceito de objeção de consciência, a discussão sobre a herança religiosa intrínseca ao profissional de saúde, apontando para os juízos de valor irrogados e o direito da mulher ao procedimento com dignidade.

A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, em livros, documentos, artigos e jurisprudências, havendo o uso de referenciais doutrinários, normativos e jurisprudenciais.

A primeira seção do artigo trata da definição de aborto e os requisitos para a sua realização de maneira legal, abordando conceitos e princípios. A segunda seção trata da definição de objeção de consciência, as possíveis motivações para que seja alegada e o posicionamento da Constituição Federal e Código de Ética Médica. Como terceiro seccionamento tem-se a exposição da realidade brasileira e como de fato deveria ser, isto é, através do exercício da objeção de consciência sem causar danos, com limites, sem resultar na “revitimização” da mulher. O quarto seccionamento, trata da responsabilidade civil objetiva do Estado e subjetiva do médico para com as vitimas desamparadas.

1 Aborto: conceito e diferenciação entre legais e ilegais pelo ordenamento jurídico brasileiro

Legalmente, o aborto é entendido como a expulsão do produto da concepção antes de 22 semanas de idade gestacional e correspondendo ao peso abaixo de 500g, conceito este definido pela Organização Mundial de Saúde e internalizado no Brasil pelo Ministério da Saúde (2011). O aborto pode ocorrer tanto de maneira natural, devido a alguma complicação da

gravidez, quanto de maneira provocada, quando a gestante induz ao ato, ou realizado por equipe médica. No Brasil, a prática abortiva é criminalizada, salvo algumas situações, como nos casos de anencefalia, nos quais é ciente de que o feto não tem condições de desenvolvimento, sendo incompatível com a vida, visto que não há indícios em exames comprobatórios de formação de sistema nervoso. Outra situação de realização legal do aborto é quando o médico conclui que a gravidez apresenta risco de vida à mãe, sendo imprescindível a interrupção da mesma. Por fim, a maior polêmica nos casos de realização de aborto permitido pelo ordenamento jurídico, se dá nos casos em que a gravidez é fruto de estupro.

2 Objeção de consciência: conceito, classificação, motivações e o código de ética médica

A objeção de consciência consiste na escusa em realizar determinada conduta, por motivo pessoal, de cunho ideológico, religioso ou moral. Este conceito é compreendido mediante a observância do artigo 5º, VIII da Constituição Federal (1988) “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Dessa forma, o objetor pretende omitir-se diante de possível situação que vai de encontro às suas convicções, embora juridicamente exigível. Sendo assim, para que lhe seja assegurado o direito a ampla liberdade de pensamento (de consciência), a desobediência a certa obrigação legal não é vista como ato de resistência, mas sim como uma ação coerente aos princípios pessoais internos.

De acordo como o Professor Mário Antônio Sanches (2012), a objeção de consciência pode ser compreendida como uma não adesão consciente a uma norma dada, ou seja, uma recusa a cumprir uma determinada norma por razão de consciência. Trata-se, portanto, de um conflito ético no sentido de que há uma percepção de que os valores da norma estabelecida e os valores morais da pessoa estão indicando valores diversos, não

raramente opostos. Entretanto, o mesmo adverte que a objeção de consciência é direito da pessoa e salvaguarda princípios morais inalienáveis: o respeito à autonomia plena e consciente da pessoa e a sua liberdade. Essa valorização da objeção de consciência não pode esconder, nem se fundamentar em caprichos pessoais, subjetivismos ou intransigente obstinação. Por isso ela precisa ser temperada pela apresentação dos valores em questão, explicitação dos motivos pessoais e criativa abertura ao diálogo. Ou seja, ela não pode se dar a partir de expressões “eu acho que”, “é a minha opinião” ou “não quero saber o que os outros pensam”.

O autor José Carlos Buzanello (2001) segmenta a objeção de consciência em oito classificações, são elas: ao serviço militar, de consciência religiosa, ao exercício profissional, à obrigação sanitária e tratamento médico, à obrigação de doação de órgãos, ao aborto, ao trabalho no sábado e de consciência eleitoral. Aprofundando-se na classificação que trata da objeção de consciência em relação ao aborto, obstam-se conflitos de direitos. Por um lado tem-se o direito de exercício à objeção de consciência por parte do médico, resguardado tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código de Ética Médica, não sendo obrigado a realizar ato contrário aos seus ditames morais, ideológicos e religiosos. No lado oposto, tem-se o direito da mulher, que procura os centros hospitalares especializados para realização de aborto legal.

O Código de Ética Médica (1988) preceitua que o médico tem autonomia para exercer a profissão, podendo se recusar a fazer procedimentos contrários a sua consciência. Aplicando-se aos casos de aborto, diante de tal premissa, o médico tem seu direito à recusa protegido, o que não significa que a paciente possa ficar desamparada, visto que o profissional tem o dever de prestar o serviço caso não haja outro médico para fazê-lo, ou o caso represente iminente risco à paciente (urgência ou emergência).

É o que dispõe o Código de Ética Médica no Capítulo I, ao preceituar no item VII que “o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de

urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”. São os casos do aborto legal, da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, diretivas antecipadas de vontade, anticoncepção de emergência, ortotanásia, esterilização humana voluntária e revelação e uso de dados genéticos. (FREDERICO FERRI DE RESENDE, 2016).

Conforme expressa Débora Diniz (2011), o caso do aborto em serviço público de saúde não deve ser considerado apenas um conflito entre o médico e a mulher. No exemplo citado dos médicos de rede pública, além do dever profissional inerente, constata-se a personificação do Estado nas ações desse grupo de profissionais.

A objeção de consciência pode ser analisada como conflito entre responsabilidades profissionais e direitos individuais; entre diferentes direitos individuais (direito à intimidade, liberdade de consciência, autonomia, saúde, entre outros); ou entre direitos individuais e deveres institucionais. (DÉBORA DINIZ, 2011, p. 1).

Dessa forma, há que se falar na responsabilidade objetiva do Estado perante a população, desde o momento de contratação para atender as pacientes e exercer a profissão nos centros especializados em abortos legais, até a fiscalização desse exercício.

3 A realidade brasileira e o ideal almejado

Em 2015, os pesquisadores Alberto Pereira Madeiro e Débora Diniz realizaram pesquisa de campo no Brasil acerca do tema, frisa-se que este foi um dos maiores estudos desenvolvidos nos últimos anos, tendo em vista a qualidade das entrevistas e levantamento de dados por todo o território brasileiro. Constataram que à época, havia apenas 37 instituições em funcionamento aptas à interrupção da gravidez de maneira legal, espalhadas por 20 unidades da Federação. Foram atendidas 5.075 mulheres em busca do aborto legal, das quais apenas 2.442 realizaram a interrupção da gravidez. Observa-se então que mais da metade das mulheres não conseguem a assistência necessária, restando evidenciado que um dos grandes

problemas talvez não seja o acesso ao serviço, mas sim a insuficiência de médicos aptos ao atendimento, tanto no que diz respeito à quantidade de profissionais, quanto à capacitação da equipe para lidar com a casuística.

A interrupção da gravidez é, segundo eles, responsabilidade dos médicos obstetras que estiverem de plantão no dia e, se estes recusarem o procedimento, as mulheres “[...] precisam esperar até o dia em que outro [médico], em outro plantão, concorde em fazer o aborto. E tem anestesista que concorda, tem aquele que não concorda. Às vezes, isso pode demorar algum tempo [...]”. A negociação para o atendimento da mulher também acontece com outros profissionais, como aponta uma das entrevistadas: “[...] a gente tem que pensar também nas auxiliares [de enfermagem] e, no dia do aborto, a gente põe aquelas que circulam na sala de cirurgia, que não causam problema [...]”. (DÉBORA DINIZ E ALBERTO MADEIRO, 2015).

Permeia entre os agentes de saúde, além da concepção moralista ou religiosa em torno do assunto, o desconhecimento legislativo, e por fim o estigma induzido pelos profissionais que discordam da prática abortiva, ainda que considerada legal.

Além da motivação religiosa, o estigma que permeia o aborto faz com que profissionais recusem a participação nas equipes, temendo ser conhecidos como “aborteiros” entre seus pares. Principalmente para a equipe médica, ainda existe o medo de ser incriminado pela interrupção da gravidez que não seja decorrente de estupro. (DÉBORA DINIZ E ALBERTO MADEIRO, 2015).

A realidade brasileira denuncia o mau uso de premissas legais. A gestante que deseja fazer o aborto legal não pode ser remanejada por sucessivos plantões até encontrar médico “disposto” a realizar o procedimento, visto que isto é entendido como método de postergar e blindar direito feminino assegurado pelo Código Penal e Constituição Federal. Atitudes como julgar moralmente a decisão da paciente e desacreditar da veracidade do estupro narrado, não são consideradas condutas éticas pelo Conselho de Medicina, visto que não cabe ao médico.

O médico pode alegar objeção de consciência diante de uma situação concreta de pedido de aborto por uma mulher, desde que não o faça por desconfiança quanto ao estupro, por exemplo, mas estritamente por razões de sua moral privada, como é o caso das crenças religiosas. Não cabe ao médico ou à equipe de saúde o julgamento sobre a narrativa do estupro, e o boletim de ocorrência policial nem sequer é necessário, pois há “presunção de veracidade na palavra da mulher”. Ao alegar a objeção de consciência, o médico solicita a recusa em cumprir com seu dever. A mulher é atendida por outro médico, encaminhada a outro serviço ou, em casos extremos, pode ficar sem assistência. As normas técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência se existir risco de morte, se não houver outro médico ou se a omissão médica causar danos à mulher, mas casos concretos mostram o descumprimento desses critérios normativos. (DÉBORA DINIZ, 2011, p. 1).

O exposto acima fixa de maneira concreta a extensão do direito médico e a base de sua fundamentação. Observa-se que o liame entre o direito a objeção de consciência, garantido constitucionalmente, e uma conduta considerada negligente, é deveras tênue. O profissional de saúde deve sempre preocupar-se em seguir firmemente os ditames estabelecidos pelo arcabouço teórico, pois embora o direito assegurado seja pautado em valores, deve ser bem mais detalhado em regras criteriosas para que atinja um fim justo.

4 A responsabilização do médico e do estado pelas mulheres desamparadas

A partir dos casos concretos de mulheres em situação de desamparo por gestação decorrente de estupro, há de se falar nas respectivas responsabilizações, do Estado e do médico de atendimento público, perante as mulheres que tiveram seus direitos infringidos.

Em concordância ao exposto por Elaine Rodrigues de Paula Reis (2006), o Estado tem responsabilidade objetiva, isto é, dando oportunidade à ocorrência do dano, é o suficiente para a existência de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. O elemento subjetivo continua

existindo, todavia está contido apenas na formulação defeituosa da ação ou omissão.

Defende-se a concepção, então da objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. A afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser impetrada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Tanto é assim que, se a vitória tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado. [...] Essa distinção não é meramente acadêmica, especialmente porque a avaliação do elemento subjetivo é indispensável, em certas circunstâncias para a determinação da indenização devida. Assim, se passa, por exemplo, no tocante a indenização por dano moral, cuja determinação envolve a verificação do grau de reprovabilidade da conduta do agente estatal (ELAINE RODRIGUES DE PAULA REIS, 2006).

Tendo como embasamento a doutrina brasileira, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2012), tem-se que o Estado responde de modo objetivo pelo mau funcionamento de suas instituições que resultem em danos à população. Sendo assim, o número reduzido de Centros Especializados em Aborto Legal, a pequena quantidade de médicos aptos para o procedimento, seguidos de abusos de direitos (como quando os limites à objeção de consciência não são seguidos), são evidências suficientes para responsabilizar o Estado pelo mau atendimento, e muitas vezes desamparo à gestante. Diante da hermenêutica utilizada pela doutrina acima, na qual narra a responsabilidade objetiva estatal, tem-se o artigo constitucional que deu origem a premissa, 37 § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Há quem diga que o Estado deveria responder inclusive por contratar profissionais inaptos para tais áreas específicas, a exemplo da Ministra da Secretaria de Políticas para Mulheres, Eleonora Menicucci (2012), que

criticou a falta de médicos nos serviços que fazem aborto legal no país. Ela observou que muitos centros funcionam apenas na teoria porque profissionais se recusam a fazer o procedimento, alegando objeção de consciência. "É preciso que esses serviços coloquem outra pessoa no lugar", afirmou a Ministra durante reunião do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

É importante chamar atenção também para a responsabilização do médico, pois a objeção de consciência, meio adotado para justificar escusa ao procedimento, tem sido utilizada de maneira inadequada. Há relatos de mulheres que sofrem pressão por parte da equipe médica para não realizar o aborto, depoimentos que mostram a escusa devido à desconfiança em relação ao estupro, desistência após longa espera por equipe "disposta" ao atendimento. É considerada nesses casos, a responsabilidade subjetiva do médico, em concorrência à responsabilidade objetiva do Estado, pois no momento em que o profissional deixa de atender a paciente por desconfiança, na falta de outro médico investido de competência em situações emergenciais, ele está ultrapassando limites estabelecidos pelos elementos normativos, classificando-se culpa concorrente.

O médico que demora na interrupção do parto, é considerado negligente "Pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa plantão, mas o substituto não chega e o doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante). (Genival Veloso de França, 1997, p. 283).

Basileu Garcia (2010) discorda, pois considera como imprudente; o médico acionando a objeção de consciência mesmo sabendo que não irá ter outro médico para realizar o procedimento de interrupção e que a parturiente irá ficar sem assistência médica especializada, e por consequência ou irá levar a gravidez a termo ou procurará um serviço de abortamento clandestino, o que poderá causar nela um sofrimento ainda maior do que a violência sexual que sofreu como também sequelas graves, tais como: perda do aparelho reprodutor, a morte, ou mesmo a prisão.

Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1988 e Código Penal salvaguarda o direito da mulher à realização do aborto quando a gravidez decorre de estupro. Entretanto constataram-se dificuldades por parte da mulher no momento de receber assistência médica, em razão do pequeno número de hospitais especializados no assunto, e principalmente pela indisponibilidade dos poucos médicos presentes. O motivo pelo qual o médico se escusa de realizar o procedimento é a alegação de objeção de consciência, direito assegurado pelo artigo 5º, VIII da Constituição Federal vigente e Código de Ética Médica, contudo, tem-se que o médico não pode permanecer inerte caso não haja outro profissional apto para substituí-lo ou quando a situação representar urgência. Conclui-se que a alegação de objeção de consciência desmedida, resulta na blindagem ao direito feminino de realizar aborto, gerando dano suficiente para responsabilizar objetivamente o Estado e subjetivamente o médico, classificando culpa concorrente, com base no artigo 37 § 6º da Carta Constitucional.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. 2. ed. Brasília; 2011. Disponível em < http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf > Acesso em: 20 mai. 2020.
- BUZANELLO, José Carlos. Revista de Informação Legislativa. Objeção de Consciência: Um direito Constitucional. V. 38. P. 173 - 182. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/730> > Acesso em 20 mai. 2020.
- Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética*. Resolução CFM nº 1.246. Brasília: Diário Oficial da União. 1988.

DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: Direitos e deveres dos médicos na saúde pública. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsp/2011nahead/2721.pdf> > Acesso em: 15 mai. 2020.

FORMENTI, Lígia. Ministra Eleonora Minicucci critica médico que não faz aborto legal. Disponível em: < <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,ministra-eleonora-minicucci-critica-medico-que-nao-faz-aborto-legal,849014> > Acesso em: 15 mai. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de Ética Médica. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 218 p. 1997.

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. São Paulo: Max Limonad. s/d.v.1, t. 1, p. 259.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – Um estudo nacional. Ciência & Saúde Coletiva. 20. Vol. 563 – 572 p. Jun. 2015.

REIS, Elaine Rodrigues de Paula. Responsabilidade Objetiva do Estado. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2676/Responsabilidade-objetiva-do-Estado> > Acesso em: 13 mai. 2020.

RESENDE, Frederico Ferri de. Objeção de consciência do médico e autonomia do paciente. Disponível em: < http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46 > Acesso em: 13 mai. 2020.

SANCHES, Mário Antônio. **Objeção de consciência: reflexões no contexto da bioética.** Gazeta do Povo. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/conteudo.phtml?id=1225016> . Acesso em 18 mai. 2020.

Multiparentalidade à luz da jurisprudência brasileira

Débora Soares Vieira

1. Introdução

Anteriormente a Constituição Brasileira de 1988, a família admitida pelo ordenamento jurídico era somente aquela instituída pelo casamento, produzindo um modelo familiar único, modelo esse hierarquizado, patriarcal e patrimonialista. As indagações de filiação eram bastante marcadas pela discriminação entre os tipos de filhos, caracterizados como legítimos ou ilegítimos, e se havia sido gerado dentro ou fora do casamento.

A Constituição de 1988 trouxe vários avanços, dentro um dos principais está a instituição ao princípio da pluralidade das formações familiares, definindo o afeto como parte principal na formação dessas diversas instituições. A necessidade do princípio da afetividade como base das relações familiares, cuja dimensão atinge, os temas inerentes à filiação, elevou a importância dos vínculos baseados no afeto ao mesmo estágio da relevância determinada aos vínculos genéticos. Além do mais, a constituição instituiu que deve haver uma igualdade jurídica entre todos os filhos, independentemente da origem ou do vínculo parental.

Compreender a multiparentalidade é primordial no atual contexto jurídico, em razão da necessidade de se observar o quanto o Direito das Famílias pode ser concretizado no mundo jurídico de fato. É interessante observar se as alegações constitucionais de aceitação da evolução cultural, social e da vedação de discriminações relativas à filiação podem ser

analisadas na prática jurídica. Especialmente, ao analisar a efetivação ou não da doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, em consideração ao princípio do melhor interesse desses, quando, na situação concreta, revela-se a existência de multiparentalidade e nas ações judiciais que envolvem a inclusão de paternidade socioafetiva sem a exclusão da paternidade biológica.

2. A evolução histórica da família

Partindo do conceito do vocábulo família, percebe-se que possui inúmeros significados dependendo da área a ser estudada, seja no campo do Direito, da Antropologia ou da Psicologia. A família constitui toda a base do Estado, onde se repousa toda a organização social. Constitui uma área do Direito Civil, onde norteia as relações advindas pela união estável, casamento ou pelo grau de parentesco.

Desde os primórdios da humanidade verifica-se que o conceito de família parte de um agrupamento de indivíduos de laços sanguíneos ou afetivos. Maria Helena Diniz apregoa família no sentido amplíssimo, no qual seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade (DINIZ 2008, p.9).

Enquanto no sentido *latu sensu* de família, abrange um grupo composto pelos cônjuges, filhos e parentes consanguíneos colaterais. Esse conceito é bem mais restrito tendo em vista, que o fator primordial de família é o laço biológico dos componentes do grupo, principalmente para fins sucessórios, em que o conceito de família se restringe aos seus parentes em linha reta e de até quarto grau.

No Direito Romano o casamento era baseado no afeto, a inexistência da convivência, do amor, respeito e carinho era a causa principal para o rompimento do casamento através do divórcio. Já com o surgimento do Direito Canônico, existiu uma transferência do poder de Roma para Igreja Católica, passando a ser totalmente contrários a dissolução do casamento, pois entendiam que o homem não poderia ser capaz de separar o que Deus

uniu, já que na idade média as relações familiares eram controladas puramente pelo direito canônico. No Direito Germânico, o poder principal era exercido pelo pai que era o chefe da família, mas ele não conduzia sozinho, pois esta obrigação era dividida com a matriarca. (GONÇALVES, 2017).

A família brasileira foi influenciada pela família romana, canônica e germânica. O Direito de Família brasileiro é bastante influenciado pelo Direito canônico, mais com o passar dos anos, esse direito passou a seguir seu próprio caminho, se adequando a realidade em que a sociedade se encontra hoje.

Somente após a constituição de 1988 que o conceito de família se ampliou e essa situação veio a mudar, sendo proibido qualquer tipo de discriminação em relação a filhos havidos dentro ou fora do casamento, fazendo com que ambos pudessem usufruir dos mesmos direitos. Por fim, o código civil de 2002 acrescentou uma qualificação concernente à união estável, incluindo cinco artigos que tem o poder de auxiliar os pontos patrimoniais e pessoais.

No Brasil, o Direito de Família vem se modificando bastante principalmente nos últimos 20 anos, a grande mudança ocorreu logo após a Lei nº 6.515 (Lei do divórcio), que trouxe em seu corpo o regulamento e a possibilidade da dissolução do casamento, além da possibilidade da formação de novos, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde fora revisto o conceito de família, tornou-se mais amplo e aberto. Diante as grandes alterações que o conceito de Família vem passando, Rizzardo faz a seguinte declaração:

O direito de família contemporâneo tem procurado renovar seus conceitos e institutos na mesma velocidade das mutações que experimentamos em nossa sociedade. Inúmeros paradigmas foram ultrapassados na permanente tentativa de se alinhar à realidade social que se modifica rapidamente e que se multiplica em nuances que refletem o fenômeno hodierno de individualização de estilos de vida, que se firmam e declinam de maneira acelerada. (RIZZARDO, 2009, p. 2).

Com isso fica demonstrado que a definição de família, vem acompanhando as grandes evoluções sociais. A atual realidade familiar tem dado origem a novos modelos familiares, que vem ganhando cada vez mais força na sociedade, afastando qualquer tipo de preconceito e possibilitando que o bem-estar da criança ou adolescente, seja o ponto principal para a formação dessas famílias.

3. Multiparentalidade

O direito de família hodierno vem se modificando frequentemente, procurando se enquadrar na atual realidade social, com a tentativa de proteger os mais diversos estilos de família já codificados.

A multiparentalidade é uma realidade na jurisprudência brasileira sobre a hipótese de ter mais de um pai e uma mãe, trata-se do fim do modelo dúplice de duas pessoas no registro de nascimento de alguém. Pois é através da socioafetividade que é possível coexistir com outra parentalidade. Na jurisprudência brasileira já se admite múltiplas filiações assim pais afetivos se somando com pais biológicos, porque uma filiação não exclui a outra.

Trata-se de um direito atual, pois há ferramentas na legislação para o julgamento no caso concreto. A tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, diz que a paternidade socioafetiva não impede os vínculos biológicos, mais não são todos os casos devem virar múltiplas filiações. Ambas filiações estão no mesmo patamar e mesmo status hierárquico da legislação, a constituição não indica que uma deve prevalecer sobre a outra.

É uma forma de assegurar no campo do Direito, o que já existe de fato e concreto. Assegura realidade do direito ao convívio familiar da criança exercer a paternidade biológica em conjunto com a socioafetiva.

Por volta do final do ano de 2016, a mídia publicou que o Supremo Tribunal Federal passou a permitir que identidade e certidões de nascimento poderiam admitir o nome de dois pais ou duas mães, mas na verdade a família multiparental já havia emplacado em Rondônia, no início

de 2011, quando um homem registrou uma criança como sendo sua filha, mesmo sabendo que o pai biológico era o ex-companheiro de sua esposa, porém com o passar do tempo o pai biológico se aproximou da filha e entrou com uma ação para ter o seu nome na certidão. A decisão judicial se deu com base no afeto e no melhor interesse para a criança, assim os dois pais deveriam constar na sua certidão de nascimento.

A presença de dois pais ou duas mães na certidão de nascimento, é apenas o começo de uma questão bem mais ampla. Existem dois fenômenos que podem explicar melhor toda essa evolução até a chegada da multiparentalidade. O Primeiro se deu no ano de 1977 foi quando ocorreu a possibilidade da desconstituição do casamento e a chegada da chamada Lei do Divórcio nº 6.515, e em segundo lugar o fenômeno da constituição da família sem ter que recorrer aos meios legais, sem ter a necessidade da formalidade do casamento.

A família que se forma com o resultado do rompimento conjugal, torna-se monoparental, com o passar do tempo as pessoas antes casadas podem constituir novas famílias, novas relações formais ou não e assim os filhos de uma relação anterior passam a conviver com uma nova figura paterna ou materna, gerando o que é conhecido no Direito como família recompostas ou reconstituídas.

O instituto da multiparentalidade, tem como seu ponto principal, o amor, o afeto e o carinho, assim através disso, é possível se criar grandes laços que podem ser até maiores que os sanguíneos. Buscando sempre o que seria melhor para criança no seu crescimento Farias se posiciona sobre o assunto:

[...] algumas vozes passaram a defender a possibilidade de *multiparentalidade* ou *pluriparentalidade*, propagando a possibilidade de concomitância, de simultaneidade, na determinação da filiação de uma mesma pessoa. Isto é, advogam a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles a um só tempo. Entendem os defensores desta tese que a filiação socioafetivo não pode eliminar a possibilidade de filiação biológica porque se tratam de

critérios diferentes e, em razão disso, podem coexistir simultaneamente (FARIAS, 2015, p. 255).

As novas famílias têm que ser entendidas não apenas pelos laços genéticos, é a partir daí que entra em cena a afetividade ou socioafetividade, ou seja, acrescenta ao pai que gera o pai que cria e assim será considerado pai ou mãe aquele que construir vínculos de filiação.

Esse regulamento recorda a noção de que a filiação biológica e a socioafetiva devem se complementar, sendo as duas necessárias no desenvolvimento da criança e do adolescente. A organização jurídica brasileira assegura a todas as pessoas o direito de conhecer a sua origem biológica. Da mesma maneira, é notório que, para uma criança ou adolescente ter o desenvolvimento saudável, eles precisam de atenção, amor e carinho, fundamentais à construção de sua personalidade.

As relações familiares durante muito tempo, permaneceram limitadas apenas para vínculos registrais ou sanguíneos. Porém com o reconhecimento do vínculo socioafetivo como sendo um elemento formador de um vínculo parental, passou a ser redefinido o seu sentido, pois esse vínculo nem sempre corresponde com a verdade biológica.

A definição de filiação vem se separando das condições genéticas caracterizando ruptura com o padrão atual que é fundamentado na filiação biológica e assim possibilitando um espaço para o novo modelo, que é a socioafetividade. A filiação socioafetivo, é fruto de um convívio paterno-materna afetivo. Quando se trata de uma criança menor de idade, o critério que será utilizado é o princípio do menor interesse da criança e do adolescente, agora se é um maior de idade o parâmetro utilizado será o princípio da dignidade da pessoa humana.

Através da multiparentalidade ficou entendido que pai afetivo é aquele que cuida, cria, do amor, carinho. O critério biológico possui um papel importante para a formação da criança, porém não pode ser a única maneira de se estabelecer uma filiação. Até mesmo pelo fato dos dias de hoje não ser mais necessário se manter uma preservação familiar só baseado no critério biológico, sendo que existe inúmeras variações familiares.

Segundo Póvoas explica que:

(...) o afeto deve ser reconhecido como a relação de carinho, amor, cuidado e atenção mútuos entre pessoas, tenham elas relação parental ou conjugal, está num sentido mais amplo da palavra, abrangendo, além do casamento civil nos moldes preconizados na legislação ordinária, também a união estável, seja ela entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes. (PÓVOAS, 2012, p.26).

O fundamento determinado para a origem da socioafetividade é o afeto. E o afeto nesse caso não se resulta de um laço sanguíneo e sim de um convívio diário, convívio este que deve ser habitual entre o pai e o filho. A socioafetividade é amparada através do artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro, onde diz que o parentesco pode ser natural ou civil, independente de se originar de consanguinidade ou outra origem.

Hoje em dia a afetividade ganhou a importância de princípio, entretanto, a figura da socioafetividade está vigente a muito mais tempo nas famílias brasileiras. Como era o caso da conhecida adoção a brasileira, que ficou bastante conhecida na década de 1980.

4 A multiparentalidade na jurisprudência brasileira

Com o propósito de consolidar uma decisão mais conveniente para crianças e adolescentes, a jurisprudência hodierna caminha no sentido da supremacia da parentalidade afetiva sobre a biológica, principalmente em situações de negativa de paternidade. Todavia, em vários casos, esse prevailecimento poderia ocasionar em decisões inadequadas, uma vez que a filiação biológica poderia se sobressair sobre a afetiva.

As duas formas de filiação coabitam conjuntamente em vários ambientes familiares, verificando-se na prática a multiparentalidade, que busca uma aceitação jurídica para os casos que se apresentam no cotidiano. A viabilidade para que uma pessoa possa ter além de um único vínculo paterno ou materno ao mesmo tempo, ainda não está estabelecido em lei, daí a importância da jurisprudência no Direito Familiar, intimamente ligada com os princípios constitucionais.

Em Rondônia, mais especificamente na 1ª Vara da Comarca de Ariquemes, no processo de nº 0012530-95.2010.8.22.0002, o Meritíssimo Juízo declarou em sentença pelo reconhecimento da multiparentalidade, imputando as consequências jurídicas ao caso. O presente caso diz respeito a situação de uma menor de idade que tinha um pai registral socioafetivo, proveniente de fato característico de adoção à brasileira, e um genitor biológico encontrado posteriormente ao término do envolvimento amoroso da genitora com o pai registral (CASSETARI, 2017, p. 120).

Apesar da ação se tratar de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, durante o processo sobreveio que a autora (menor de idade) possuía uma relação sólida com seu pai socioafetivo. O pai a registrou mesmo tendo conhecimento de não ser o pai biológico, pois a tratava como filha desde o seu nascimento. Logo após, ao exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA), o pai biológico começou a relacionar-se com a criança e demonstrou ânsia de assumir a paternidade (CASSETARI, 2017, p. 120).

Perante a dificuldade envolvida no caso, o Ministério Público opinou pela manutenção do vínculo paterno socioafetivo e a inserção do vínculo biológico, configurando a multiparentalidade, em conformidade com o cenário que se externava naquele momento. Discorrendo sobre o caso Cassetari afirma que:

Corretamente, em nosso sentir, a juíza afirmou que a discussão da existência de dois pais no assento de nascimento da criança tem tomado corpo nos últimos anos, em decorrência da relevância socioafetiva, que, em certos casos, se sobrepõe à biológica, motivo pelo qual se tem autorizado o reconhecimento da existência de ambos os vínculos. [...] é mister considerar a manifestação de vontade da autora no sentido de que possui dois pais, aliada ao fato de que o pai registral não deseja negar a paternidade afetiva e o biológico pretende reconhecer a paternidade consanguínea, motivo pelo qual deve ser acolhida a proposta ministerial de reconhecimento da dupla paternidade registral da autora, sendo, dessa forma, julgada procedente a demanda para manter a paternidade registral e determinar a inclusão do pai biológico no assento do nascimento. (CASSETARI, 2017, p.121).

Um caso semelhante sucedeu em São Paulo, quando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou a Apelação nº 0006422-26-2011.8.26.0286, relativo a uma situação familiar recomposta. Consistia em uma ação referente a um menor de idade que se tornou órfão aos três dias de vida, e depois dos dois anos de idade, passou a ser criado pela nova companheira do pai. Ao invés de requerer ação judicial de adoção, por afeição à lembrança e à família da genitora da criança, a madrasta escolheu por deixar o nome desta na certidão de nascimento, promovendo apenas agregar o seu, como mãe por vínculo de afetividade.

A Constituição Federal, especialmente em seu artigo. 227, e no Código Civil em seu art. 1.596, ambos condenam quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, e ainda o artigo 1.593 do Código Civil, no que lhe concerne, garante que o parentesco pode advir de laços de sangue ou de outra origem.

Desse modo, determinada a multiparentalidade, cria-se uma expectativa para que esta gere todos os efeitos da parentalidade comum.

Com relação ao parentesco, ao se reconhecer a multiparentalidade, conclui-se que a maioria das restrições matrimoniais legalmente conhecidas devem ser ponderadas relativamente aos novos familiares, tantos quantos forem, bem como as restrições para exercer alguns cargos públicos. Os impactos previdenciários, tributários e eleitorais também precisam ser iguais aos de uma relação parental registral.

Conclusão

O ramo do ordenamento jurídico mais enérgico é o Direito de Família, portanto, não compete ao legislador definirem como decorrerão determinadas relações e sim, como devem se adequar a mais atual realidade social, proporcionando através de normas de direito o bem-estar próprio das pessoas.

Nenhuma relação humana é inerte e o direito de família, possui várias facetas, sendo admissível confirmar tal acontecimento através da

diversidade de critérios familiares que podem e precisam ser mesurados pelo ordenamento nacional. Além disso, a vida está sempre em constante movimento, e a lei não deve torna-la imóvel sendo uma barreira para a realização de histórias de convivência, afeto, amor e compromisso.

O desempenho da Justiça, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, ao aceitar a multiparentalidade que vem ocorrendo na sociedade, mesmo que sem previsão explícita em lei, identifica a incapacidade do Direito de integrar todas as regras, através de sua positivação própria, e comprova que a função legislativa nem sempre segue o âmbito social com a presteza necessária para efetuar os direitos previstos na Constituição. O Poder Judiciário, na atribuição de assegurado da ordem e da paz social, resguardou direitos e deveres de pais e filhos.

O Direito de Família deve atender a realidade de cada indivíduo e das múltiplas relações parentais, assegurando a livre demonstração de amor, carinho e afeto entre todos os seus integrantes. É primordial que o Direito conduza as principais mudanças pela qual a sociedade e as famílias passam, não competindo ao Poder Judiciário eximir-se perante as dificuldades do reconhecimento da convivência baseada no afeto, amor e responsabilização de ambos, adequados com os valores instituídos pela Constituição Federal.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 22abr.2018a.

BRASIL. **Código Civil, lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 04 de abril de 2017.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2014. Vol. 6, p. 130.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 14^a. ed. Vol. 6 São Paulo: Saraiva, 2017.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação e seus efeitos**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2012. p. 26.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 7^a. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p.2.

O sistema de dois turnos e as eleições presidenciais brasileiras de 2018

*Diego Victor Coêlho Araújo*¹

Introdução

O texto constitucional brasileiro determina quanto às eleições presidenciais que se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, será feita nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. Tal dispositivo tem o objetivo de ser uma solução para a possível pulverização de votos ocorridos no primeiro turno devido ao pluripartidarismo brasileiro.

Este artigo tem como objetivo geral analisar o sistema de dois turnos vigentes no Brasil atualmente para as eleições presidenciais à luz das eleições presidenciais brasileiras de 2018 e como objetivos específicos: analisar o papel do sistema de dois turnos e seu objetivo diante do pluripartidarismo existente no Brasil; analisar a influência da polarização política e do voto útil no sistema eleitoral vigente; analisar estatisticamente, de forma breve, os números do primeiro e do segundo turno das eleições presidenciais de 2018; e analisar a PEC 230/2019, que pretende alterar o §3º do art. 77 da Constituição Federal para determinar que os três candidatos mais votados no primeiro turno concorram ao segundo turno das eleições presidenciais.

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho. Email: dvictorjus@gmail.com

A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica e análise estatística dos resultados das eleições de 2018 obtidos do Tribunal Superior Eleitoral. O artigo divide-se em quatro seções: a primeira sobre o sistema eleitoral do segundo turno; a segunda sobre a polarização política e o voto útil; na terceira seção é feita uma breve análise estatística do resultado das eleições presidenciais de 2018; e na quarta seção analisa-se mais especificamente a proposta de emenda à Constituição nº 230/2019.

1 Do segundo turno

Quanto ao procedimento de realização das eleições presidenciais a Constituição Federal de 1998 em seu art. 77, §3º determina que se nenhum candidato alcançar maioria absoluta (cinquenta por cento mais um) na primeira votação, será feita nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

Mário Heringer (2019) explica que o objetivo principal deste modelo é ser uma solução para os problemas de legitimidade e representatividade de um sistema eleitoral pluripartidário, a ideia do modelo, para o autor, é que no primeiro turno cada sigla possa mostrar suas candidaturas próprias, dando ao eleitor o direito de escolha em um amplo espectro de candidatos e que no segundo turno, desapareça a pulverização de votos característica do primeiro turno, de modo a que o candidato eleito possa, de fato, representar a maioria dos eleitores e não um qualquer percentual apenas superior ao do segundo candidato.

O pluripartidarismo no Brasil referido Brasil é facilmente demonstrável ao se observar a quantidade de trinta e três partidos devidamente registrados perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Além destes, muitos movimentos de fundação de partidos encontram-se em curso, com setenta e oito partidos em formação registrados perante o TSE. Sendo assim, o pluripartidarismo é um fato e possui a uma tendência de ampliação no cenário brasileiro.

A pulverização de votos em um primeiro turno entre os presidenciais de tantos partidos, mesmo que nem todos lancem uma candidatura própria, é praticamente inevitável. No caso do processo eleitoral de 2018, no qual existiam trinta e dois partidos, teve-se treze candidatos no primeiro turno. Para ilustrar, supondo que houvesse uma distribuição uniforme de votos válidos entre os treze candidatos deste cenário, cada candidato obteria apenas aproximadamente 7,7% dos votos.

Portanto, diante do cenário pluripartidário existente, o sistema eleitoral deve assegurar que o candidato final do processo realmente esteja investido de representatividade democrática, ou seja, que concentre uma quantidade de votos realmente majoritária, sendo o segundo turno, no qual os eleitores poderão exercer novamente a democracia perante os candidatos mais votados no primeiro turno, no caso atualmente os dois mais votados, uma ferramenta para tentar assegurar esta representatividade.

2 Polarização política e o voto útil

No Brasil nos últimos anos desenvolveu-se uma polarização política muito forte. Para ilustrar, como um de seus reflexos, os termos “esquerda” e “direita”, “antipetismo” e “petismo”, dentre outros, passaram a integrar o núcleo do vocabulário popular brasileiro.

O cientista político André Bello (2019) considera que a eleição de 2018 demonstrou um afastamento do teorema do eleitor mediano no Brasil, no qual o eleitorado seria distribuído em uma escala normal da esquerda à direita, cabendo ao candidato tentar conquistar os eleitores de um espectro mais mediano ou central; para o autor, o avanço do “antipetismo” e “petismo” criou uma divisão política no país, levando a que os eleitores se posicionassem em um dos lados e submergindo a figura dos eleitores medianos. Portanto, para o autor, a polarização política pode ser confirmada quando a população eleitoral se direciona em direção às extremidades e o centro desaparece.

Associada à crescente polarização política, surge no processo eleitoral, em um grau também crescente, a influência do voto útil, tendo forte influência tanto no primeiro quanto no segundo turno eleitoral. O voto útil tradicionalmente representou “votar no candidato menos pior”, entretanto no cenário atual, ele ganhou um grau de complexidade e relevância maior, figurando como elemento decisivo do sistema eleitoral.

Em um sistema eleitoral com segundo turno como o vigente no Brasil, é natural que surja a inclinação ao voto útil para uma parte do eleitorado que não votou em um dos dois candidatos mais votados no primeiro turno. Este eleitor, no segundo turno, votará no candidato que mais se alinhe politicamente, ou seja, que mais se aproxime do candidato originalmente apoiado no primeiro turno, ou então votará de forma a buscar predominantemente a derrota do outro candidato, caracterizando o voto útil.

Entretanto, no cenário brasileiro, observa-se que a figura do voto útil não está presente apenas no segundo turno, ao contrário, ela exerce fortíssima influência já no primeiro turno. Ary Filgueira e Wilson Lima (2018) relataram que à época do processo eleitoral de 2018 vários eleitores consideravam a hipótese de no primeiro turno não votarem no candidato mais afim de suas convicções ideológicas, mas em um candidato com capacidade de vencer o adversário que representasse um mal maior em suas concepções.

Portanto, nesta hipótese, o eleitor abandonaria suas convicções políticas mais verdadeiras em troca de um voto (útil) com objetivo de derrotar o candidato que considere mais reprovável e que possua probabilidade de vitória em um segundo turno.

O voto útil esteve tão presente no primeiro turno das eleições de 2018, que está até mesmo em campanhas políticas oficiais, como pode ser perceptível pelo vídeo do à época candidato à presidência Ciro Gomes, publicado no YouTube em 28 de setembro de 2018, intitulado “Chega de Polarização” (transcreveu-se):

Eu quero me dirigir a você que está votando contra alguém ou contra algum partido. Tem gente que vota no Bolsonaro, não pelo Bolsonaro, mas por ser contra o PT. E eu entendo as razões. Tem gente que vota no PT, não pelo PT, mas para evitar o Bolsonaro. Eu também entendo as suas razões. Mas a única certeza nesta disputa é que o Brasil vai continuar dividido e a crise vai se aprofundar. Será que a gente aguenta? Será que o Brasil aguenta? Se você não quer mais essa divisão, eu ofereço meu nome. Sou ficha limpa. Tenho 38 anos de vida pública e muita experiência. Não sou PT nem anti PT. Tenho diálogo com a esquerda, com o centro e com a direita. E as pesquisas indicam que eu ganho com folga tanto do Haddad quanto do Bolsonaro no segundo turno. Mas para isso, eu preciso chegar no segundo turno. Se você me der a honra de merecer o seu voto, já no primeiro turno, eu garanto a vocês que nós vamos superar essas divergências e tirar o nosso Brasil da crise!

Fica claro pelo discurso que o auditório que o candidato pretendia alcançar era os dos potenciais eleitores de voto útil, ou seja, aqueles que possivelmente votariam no Bolsonaro contra o PT ou que votariam no PT contra o Bolsonaro, buscando angariar votos destes no primeiro turno, ao tempo que se apresenta como alternativa à polarização existente.

Alexandre Naghirniac e Carlos Lopes (2018) apresentam os problemas do voto útil. Para os autores o voto útil é imediatista, focado na eleição atual, subestimando os efeitos a longo prazo; e esse imediatismo enfraquece a renovação política, pois visando uma maior possibilidade de capturar o voto útil, os partidos tendem a indicar nomes conhecidos, e ante a falta de renovação, tem-se a manutenção de estruturas político-administrativas nocivas.

No mesmo sentido, para os autores, à medida em que o eleitor abandona seu voto autêntico em troca do voto útil, ele deixa de favorecer e dar notoriedade ao candidato que verdadeiramente o representa, o que poderia ser útil em eleições futuras, e também, acrescente-se, ao processo de renovação política.

Outro problema apresentado pelos autores é que o voto útil é um voto defensivo, dado a alguém que não era inicialmente o preferido, sendo assim, com propostas que divergem em algum grau com o verdadeiro

sentimento da sociedade, o que para os autores enfraquece o debate nas agendas do governo e dificulta a cobrança da sociedade.

Os autores concluem ainda que o político tradicional utiliza de técnicas para angariar o voto útil, como propostas rasas e impraticáveis, ataques levianos a adversários e discursos demagógicos, com poucas propostas reais e concretas; e que ao chegar ao poder, não tem capacidade ou legitimidade para aprovar reformas de fato necessárias para o país.

Portanto, ante o exposto no capítulo, é possível afirmar que a polarização política e o voto útil têm tido um crescimento diretamente proporcional no sistema eleitoral brasileiro; com um efeito do voto útil já muito forte no primeiro turno eleitoral; sendo um empecilho para a verdadeira expressão democrática de parte do eleitorado no primeiro turno, e podendo ter consequências muito negativas a longo prazo, como a não renovação política e vitória de candidatos sem propostas condizentes com a sociedade ou impraticáveis, ou seja, sem legitimidade e governabilidade de fato.

3 Resultados da eleição presidencial de 2018

A eleição presidencial de 2018 ocorreu em dois turnos: o primeiro realizado em 07 de outubro de 2020 e o segundo em 28 de outubro de 2020. O primeiro turno contou com treze presidenciáveis, tendo sido obtidos os resultados apurados seguintes.

Tabela 1. Eleição Ordinária Federal - 2018 - 1º Turno

Sequencial	Número	Nome	Votos	% Válidos
1	17	Jair Bolsonaro	49.277.010	46,03%
2	13	Fernando Haddad	31.342.051	29,28%
3	12	Ciro Gomes	13.344.371	12,47%
4	45	Geraldo Alckmin	5.096.350	4,76%
5	30	João Amoêdo	2.679.745	2,5%
6	51	Cabo Daciolo	1.348.323	1,26%
7	15	Henrique Meirelles	1.288.950	1,20%
8	18	Marina Silva	1.069.578	1,00%
9	19	Alvaro Dias	859.601	0,80%
10	50	Guilherme Boulos	617.122	0,58%
11	16	Vera	55.762	0,05%
12	27	Eymael	41.710	0,04%
13	54	João Goulart Filho	30.176	0,03%

Fonte: elaborada pelo autor com base em informações do Tribunal Superior Eleitoral (Divulga TSE).

O total de votos válidos no primeiro turno foi de 107.050.749. O total de abstenções no primeiro turno foi de 29.941.171 ou 20,33% do eleitorado. No primeiro turno, portanto, os dois candidatos mais votados juntos concentraram 80.619.061 votos ou 75,31% dos votos válidos e 26.431.688 votos ou 24,69% dos votos válidos foram divididos entre os demais onze candidatos. Como nenhum dos presidenciáveis alcançou a maioria absoluta, nos termos do art. 77, §3º, CF, foi realizado o segundo turno com os dois candidatos mais votados, que teve como resultado o seguinte.

Tabela 2. Eleição Ordinária Federal - 2018 - 2º Turno

Sequencial	Número	Nome	Votos	% Válidos
1	17	Jair Bolsonaro	57.797.847	55,13%
2	13	Fernando Haddad	47.040.906	44,87%

Fonte: elaborada pelo autor com base em informações do Tribunal Superior Eleitoral (Divulga TSE).

O total de votos válidos no segundo turno foi de 104.838.753. O total de abstenções foi de 31.371.704 ou 21,30% do eleitorado, um aumento

aproximado de 1,1% em relação ao primeiro turno. Jair Bolsonaro foi eleito, portanto, com uma margem de vitória de 10.756.941 votos, ou 10,26% a mais que o segundo candidato. Comparando os dados do primeiro turno com o do segundo turno pode-se observar as seguintes variações.

Tabela 3. Comparação entre os Dois Turnos para os Dois Primeiros Colocados

Nome	Votos		Variação absoluta	Variação percentual
	1º Turno	2º Turno		
Jair Bolsonaro	49.277.010	57.797.847	8.520.837	+17,29%
Fernando Haddad	31.342.051	47.040.906	15.698.855	+50,09%
‘Soma’	80.619.061	104.838.753	24.219.692	+30,04%
‘Branços e Nulos’	10.313.159	11.094.698	781.539	+7,58%

Fonte: elaborada pelo autor com base em informações do Tribunal Superior Eleitoral (Divulga TSE).

O aumento do número de votos válidos entre os dois turnos foi de 24.219.692, ou +30,04%, nos quais incluem-se em sua maioria pessoas que votaram em outros candidatos no primeiro turno, mas também em menor grau de pessoas que mudaram de voto quanto aos dois candidatos mais bem votados.

Além do aumento do número de abstenções o número de votos ‘brancos e nulos’ também aumentou consideravelmente, demonstrando uma falta por parte do eleitorado em eleger qualquer um dos dois candidatos do segundo turno. Somando-se os dois dados (abstenções e votos não válidos), é possível perceber que aproximadamente 28,8% do eleitorado optou por não votar em nenhum dos dois candidatos no segundo turno.

Um dado que chama atenção no gráfico é a diferença da variação percentual de votos válidos dos candidatos comparando um turno a outro. Jair Bolsonaro teve um aumento de 17,29% enquanto Fernando Haddad teve um aumento de 50,09% de votos. Do total de novos votos válidos angariados pelos candidatos, aproximadamente 35,18% foram para Jair Bolsonaro e 64,82% foram para Fernando Haddad. Esta extrema

assimetria pode ser explicada por um possível alto nível de rejeição do primeiro candidato por aqueles que não votaram nele no primeiro turno.

4 Da proposta de emenda à constituição 230/2019

A proposta de emenda à Constituição 230/2019, de autoria do deputado federal Mário Heringer (PDT/MG), pretende alterar o §3º do art. 77 da Constituição Federal para determinar que os três candidatos mais votados no primeiro turno concorram ao segundo turno das eleições presidenciais; o referido parágrafo teria a seguinte redação:

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os **três** candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

Para o autor, os dados das eleições presidenciais de 2018 levam a pensar nos principais vícios que o atual sistema eleitoral em dois turnos apresenta no Brasil: a forte tendência à polarização e a indução ao chamado voto útil.

O autor explica que, apesar de teoricamente existir uma maior tendência de o sistema eleitoral de dois turnos levar ao segundo turno os candidatos de menor rejeição eleitoral, o que vem se observado nas últimas eleições presidenciais é o exato oposto: a tendência tem sido de chegarem ao segundo turno dois candidatos de forte antagonismo ideológico e elevado grau de rejeição, e com um alto grau de rejeição tem-se um aumento do voto útil. O autor conclui esta ideia dizendo que no Brasil se observa o oposto do que é teorizado, com o segundo turno resultando em um excesso de polarização e voto útil.

Sendo assim, a proposta pretender corrigir a questão da polarização e do voto útil ao sugerir que no segundo turno das eleições presidenciais, e também nas dos governadores e prefeitos de cidades grandes por

simetria, participem os três candidatos mais votados em primeiro turno, e não apenas os dois mais votados.

Na proposta, com a presença de três candidatos, defende-se que possivelmente um deles possuiria um menor índice de rejeição, porque situado longe dos extremos políticos e ideológicos; sendo assim, seria uma possibilidade de um eleitor insatisfeito com a polarização de escolher um terceiro candidato menos polarizado.

A proposta apresentada não é uma mudança muito radical no sistema eleitoral; com uma manutenção de todo o trâmite já vigente, apenas com a diferença de no segundo turno existirem três opções na hora da votação, referente aos três candidatos mais votados no primeiro turno. No caso das eleições de 2018, os três candidatos neste modelo no segundo turno seriam Jair Bolsonaro, Fernando Haddad e Ciro Gomes, por exemplo.

A proposta pode ser uma solução para a submersão da figura dos eleitores medianos exposta por André Bello, pois um grupo de eleitores medianos, aqui considerados como aqueles que não se situam em extremos políticos-ideológicos, poderiam levar com seus votos um candidato ao segundo turno que talvez lograsse vitória neste.

Também, vale ressaltar que o próprio padrão de voto no primeiro turno se alteraria, pois seria alterada a forma de existência do voto útil, que se expressaria diferentemente tanto no primeiro como no segundo turno, pela proposta, em um grau menor. Os eleitores talvez ficassem menos des preocupados com a vitória de um candidato no segundo turno que talvez expressassem sua verdadeira convicção político-ideológico no primeiro turno, preocupando com votos utilitaristas apenas no segundo turno, gerando notoriedade a novos políticos e ideias.

Considerações finais

Considerando o pluralismo político existente no Brasil atual, com seus trinta e três partidos atuais, e outros em formação, o segundo turno nas eleições presidenciais demonstra ser uma solução viável e necessária

para diminuir a pulverização de votos no primeiro turno, aumentando assim a legitimidade democrática do candidato eleito final.

Entretanto, no cenário de aumento da polarização política e aumento do uso do voto útil, observado nas eleições presidenciais de 2018, somado à um alto grau de abstenções e votos não válidos (brancos e nulos), percebe-se que o modelo adotado precisa ser aperfeiçoado de forma a combater esses dois problemas, resultando em uma maior representatividade democrática no eleito final obtido pelo processo eleitoral.

A proposta de um segundo turno com três candidatos, conforme sugerida na PEC 230/2019 é uma possível atualização necessária ao aperfeiçoamento da representatividade democrática no Brasil, potencialmente podendo funcionar como redutora da polarização política do país e como forma de diminuir os votos úteis pelo eleitorado, permitido um segundo turno menos polarizado, com uma terceira opção de menos polarizada para voto.

Referências

BELLO, André Bello. Origem, causas e consequências da polarização política, explica André Bello. **Poder 360**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opinioao/governo/origem-causas-e-consequencias-da-polarizacao-politica-explica-andre-bello/>> Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 230/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2234649>> Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FILGUEIRA, Ary. LIMA, Wilson. A busca pelo voto útil. **Istoé**. Disponível em: <<https://istoecom.br/a-busca-pelo-voto-util/>> Acesso em: 28 abr. 2020.

GOMES, Ciro. **Chega de Polarização**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xgTtiMERFeU>> Acesso em: 05 mai. 2020.

NAGHIRNIAC, Alexandre. LOPES, Carlos. A falácia do voto útil e a defesa do voto autêntico.

O Estado de S. Paulo. Disponível em: < <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral/a-falacia-do-voto-util-e-a-defesa-do-voto-autentico.700025192777>>

Acesso em: 25 abr. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Divulgação de Resultados de Eleições.** Disponível

em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>> Acesso em 28 mar. 2020

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Partidos Políticos Registrados no TSE.** Disponível

em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>

Acesso em: 27 abr. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Partidos em formação.** Disponível em:

[http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-](http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao)

[formacao](http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao) Acesso em 27 de abril de 2020;

A violação dos princípios constitucionais na prisão dos travestis e transexuais: a heteronormatividade e o binarismo de gênero se perpetuando no cárcere

Francisca Áurea Paraiba e Silva

1.Introdução

Heteronormatividade pode ser simplificada como o tratamento diferenciado de pessoas com orientações sexuais não tradicionais, são situações nas quais as populações não heterossexuais são marginalizadas, ignoradas ou perseguidas.

Quando se observa o contexto carcerário brasileiro é possível afirmar que a situação é propensa ao cerceamento de direitos. Os presídios agrupam seres humanos somente em dois gêneros, feminino e masculino, o que lança dúvida quanto ao atendimento dos preceitos gerais da isonomia, legalidade, dignidade da pessoa humana, individualização das penas, dentre tantos outros.

Esta realidade repercute em práticas discriminatórias, onde se preocupa em normatizar utilizando de um binarismo de gênero masculino e feminino. É certo, que as identidades de gênero que não fazem parte desse padrão sofrem grande discriminação.

A prisão dos travestis e transexuais é um assunto de extrema relevância para ser debatido no ordenamento jurídico brasileiro. A universalidade dos direitos humanos e dos princípios fundamentais só pode ser considerada se forem respeitadas as diferenças existentes nos

mais diversos tipos de grupos sociais. Principalmente, quando se trata de um grupo de minorias em desigualdade.

Com o atual sistema prisional, nota-se que há uma quebra de inúmeros direitos que envolvem o indivíduo, no qual é desenvolvido no escopo do trabalho, tendo em vista que a identidade de gênero, sendo um dos desafios que causam enormes percalços na garantia e na efetivação de direitos.

A estrutura do trabalho obedece a uma ordem lógica, que se inicia pela análise dos conceitos relacionados ao Gênero, Sexualidade e seus mais diversos aspectos, dando atenção especial a individualização dos estudos relacionados a minorias discriminadas em face da condição sexual.

2. Gênero, ideologia de gênero e diversidade sexual

Apesar de existirem diversos estudos científicos sobre as questões de gênero, a sociedade ainda se mantém praticamente inerte quanto ao reconhecimento das populações não tradicionais, a exemplo dos travestis e transexuais. Ocorre que mesmo diante de tal negativa, a tradicional dicotomia de gênero feminino e masculino não é suficiente para enquadrar grande parte da população, o que requer medidas urgentes para o reconhecimento e proteção dessas pessoas. Exigindo do Estado providências urgentes, tendo em vista que “a política criminal e penitenciária precisa ser reconhecida como política pública e se adequar aos mais modernos instrumentos de governança em política pública”. (BRASÍLIA, p.6.2015). No que cerne a essa política pública, percebemos que há um déficit de investimentos, e adequação a atual conjuntura, sendo nítido assim, um descaso no sistema prisional brasileiros.

Diante do que foi mencionado acima a seguir serão explanados alguns conceitos relacionados ao gênero e suas mais diversas situações no sistema penitenciário.

A tarefa de diferenciar gênero de sexo não se mostra fácil, em especial pela construção social enraizada na cultura popular de que ambos se inter-

relacionam, tal cultura heteronormativa faz como que a população seja educada para relacionar sexo e gênero, posição equivocada.

Uma definição bastante esclarecedora sobre a diversidade entre os conceitos pode ser encontrada no trabalho de Judith Buther (2014), que afirma que esta ligação direta entre ambos os conceitos não tem sentido obrigatório.

A estudiosa afirma que ao se estabelecer uma teoria de independência entre gênero e sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.

Essas definições são necessárias para dar melhor entendimento ao trabalho elas foram criadas em nossa cultura com o intuito de tentar classificar e diferenciar as múltiplas expressões de gênero e sexualidade, o que pode se tornar tarefa impossível ante as diversidades de identificações.

O binarismo de gênero e a heteronormatividade, como demonstrado nas linhas anteriores, não se justificam diante da atual conjuntura, no entanto, por ainda perfazer a regra no imaginário popular é preciso que se destaquem suas principais características, em especial para que se reflita sobre a exclusão das minorias sexuais, conforme Foster:

Por heteronormatividade, entende-se a reprodução de práticas e códigos heterossexuais, sustentada pelo casamento monogâmico, amor romântico, fidelidade conjugal, constituição de família (esquema pai-mãe-filho). Na esteira das implicações da aludida palavra, tem-se o heterossexismo compulsório, sendo que, por esse último termo, entende-se o imperativo inquestionado e inquestionável por parte de todos os membros da sociedade com o intuito de reforçar ou dar legitimidade às práticas heterossexuais (FOSTER, 2001, p. 19).

É certo, que as identidades de gênero que não fazem parte desse padrão sofrem grande discriminação, mas tal realidade já vem se alterando em especial por força de decisões judiciais e algumas legislações específicas, que serão analisadas em momento oportuno.

Assim os conceitos de heteronormatividade e binarismo de gênero encontram-se fortemente presentes na sociedade, conceitos que trazem graves prejuízos as minorias de gênero não tradicional.

A seguir serão apresentados os principais conceitos em política carcerária nacional, sua diretrizes, princípios e demais conceitos importantes à caracterização da situação de perigo a que estão submetidas às populações de transgêneros, em seu conceito amplo.

3. Da política carcerária nacional

O encarceramento deve ser adotado como medida final para coibição de delitos, no entanto, a legislação brasileira apresenta vasta literatura quanto ao cárcere muitas das vezes desnecessário, o que requer medidas urgentes quanto à substituição das penas de encarceramento por outras medidas legais. Como exposto anteriormente, as prisões retiram um direito constitucional do indivíduo o direito de liberdade de locomoção objetivando penalizá-los para que não venham repetir a prática delituosa. No entanto, não devem privar os demais direitos, ao contrário, devem ser garantidos os demais direitos fundamentais que preservam a dignidade do indivíduo.

Neste sentido as próximas linhas serão dedicadas à base constitucional aplicada aos apenados, garantias que são imprescindíveis a devida caracterização do tema ora pesquisado.

O Direito Penal se caracteriza pela punição de indivíduos segundo o mal que fizeram a ao bem jurídico tutelado e a sociedade. Apesar de usar meios que limitam alguns direitos do apenado, a imposição de penas deve estar de acordo com as normas brasileiras, pois a restrição da liberdade já é uma grande privação para qualquer indivíduo.

Assim há privação da liberdade, mas grandes maiorias dos direitos da pessoa continuam assegurados, iniciando-se pela dignidade da pessoa humana. Este princípio se caracteriza como fundamento da República Federativa do Brasil que obriga ao Estado fornecer condições mínimas aos cidadãos para que possam gozar de uma vida com qualidade.

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2011, p. 73).

Portanto toda a conduta do sistema prisional deve obedecer às ditames da dignidade, tal como fornecer condições de salubridade, alimentação digna, condições de acesso da família ao preso, instrução e trabalhos aos que desejem ocupação.

Além da dignidade, as condutas punitivas devem sempre estar pautadas no conceito de legalidade que é imprescindível para que o Estado não abuse de seu direito em relação ao homem e respeite o ordenamento jurídico. Tal princípio objetiva evitar punições por crimes inexistentes, havendo punição apenas nas situações estritamente determinadas pela lei (CAPEZ, 2016).

Tal preceito é a porta de entrada do Código Penal ao afirmar que não há crime sem lei anterior que o defina, nem lei sem prévia cominação legal. Portanto uma conduta pode não ser condizente com diversos conceitos sociais, mas para que ela seja punida conforme a legislação penal ela dever estar definida diretamente em lei.

O próximo princípio a ser mencionado é o da Humanização das Penas, que estabelece requisitos mínimos as penas impostas aos condenados. Discorrendo sobre o princípio em tela, sustenta Nestor Távora (2015, p. 1583) que “decorre do princípio da humanização da pena a sujeição legais do condenado a direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida de sua finalidade”.

As penas devem ser limitadas apenas a punição devida do indivíduo, não podendo ser imposta como um meio de impor sofrimento desnecessário, tanto é este o entendimento do legislador nacional que o artigo 5º, XLVII da CF/88, proíbe a imposição no ordenamento jurídico brasileiro das penas de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, cruéis, trabalhos forçados e de banimento.

Uma implicação lógica deste princípio é a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, pois seguindo os requisitos pessoais (bom comportamento comprovado) e o mínimo de tempo exigido na lei o apenado pode gozar de um regime mais brando.

Quanto à humanização das penas há de se garantir a individualização da responsabilidade em cada caso, o que vem sendo assegurado pela constituição de 1988 em seu artigo 5, XLVI, que assim dispõe:

Art. 5º - XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, CF/88, p. 22, 2018).

A determinação constitucional deve respeitada não só no ato do cumprimento da sentença, dentro dos estabelecimentos penais, mas na elaboração de leis e nas manifestações dos magistrados que devem se limitar a estes tipos claramente definidos na carta magna de 1988.

4. Princípio da individualização da pena e seus efeitos nas decisões atuais

Do princípio da individualização da pena decorre que a sanção penal deve ser individualizada no que toca a seu modo de cumprimento, levando em conta o caráter retributivo da pena e o seu objetivo ressocializador. Daí que, seguidamente à emissão de guia de execução penal, é realizado exame

relacionado tanto aos antecedentes quanto à personalidade do agente (TÁVORA, 2015, p.1577).

Mas se as penas devem respeitar as características individuais dos presos, o que se pode justificar quanto à inserção de travestis, transexuais e transgêneros em locais não condizentes com suas orientações de gênero?

O sistema carcerário brasileiro segue neste ponto a tradicional separação pelo sexo em que o preso fora registrado, diretamente na Constituição ou no Código Penal não há qualquer menção expressa dos direitos das minorias discriminadas pela condição de gênero.

O único artigo que menciona a necessidade de separação dos detentos por categorias é o 37 do Código Penal, que assegura as mulheres o cumprimento de pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, em como as disposições impostas no Código Penal.

Em decisão recente o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a transferência de duas travestis detentas na Penitenciária Presidente Prudente (SP) para as alas femininas. (MARSSARO, Jonas 2018).

No documento, o ministro cita a resolução que trata do acolhimento à pessoas LGBTs do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; tal documento aborda sobre o respeito à identidade de gênero, o uso do nome social e prenomes de acordo com o gênero da pessoa, o uso de artigos de higiene e roupas de acordo com sua expressão de gênero. A resolução aponta que a pessoa trans deve ser tratada de acordo com o seu gênero e não com o designado em seu nascimento.

Essa discriminação nos presídios está mais evidente nos últimos anos e alguns juízes tentam minimizar os efeitos a esse grupo de minorias como em uma recente decisão proferida pela juíza da vara de Execuções Penais de Brasília que trata sobre a proibição do corte de cabelo daqueles que tenham identidade de gênero feminina.

Falar sobre a população em situação de privação de liberdade no Brasil é polêmico e ao fazer os recortes sociais como o recorte de pessoas

transgênero; acaba se tornando um divisor de opiniões. O Brasil conta com uma população em privação de liberdade próxima de 726 mil, segundo o Ministério da Justiça em 2016, a segunda maior do mundo; e essa população vive sem acesso à educação, trabalho, assistência social, saúde precária e o problema da superlotação; ser LGBT privado de liberdade agrava o problema da discriminação. (MARSSARO, Jonas 2018).

A decisão do ministro mostra uma realidade sobre a luta dos direitos LGBTs no Brasil: os avanços são retardatários, principalmente, na esfera penal.. Porém, tal decisão poderá servir de base para que este direito avance ou que alas LGBTs sejam criadas até que a violência seja diminuída ou cessada por conta da orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa em situação de privação de liberdade.

Segundo a vice presidenta estadual da União Nacional LGBT de Santa Catarina, Mariana Franco, existem cerca de 4 milhões de transexuais e travestis no Brasil, mas não se sabe o número de trans detentos, por causa da invisibilização e do preconceito; atualmente o movimento trans têm lutado para garantir a dignidade dessas pessoas. (MARSSARO, Jonas 2018).

Portanto apesar de todos os preceitos constitucionais assegurarem o respeito à dignidade de cada preso, as populações carcerárias que têm orientação sexual diversas das concepções tradicionais ainda estão sem a devida proteção jurídica.

Dentro desse sentindo, percebe-se que existe uma necessidade de caráter de urgência, em mudança no sistema prisional brasileiro partindo de dentro para fora, afim de que possa ser cumprido o mínimo para se ter um bem-estar social inerente a todos os seres humanos, como assim é previsto em nossa Constituição Federal.

Considerações finais

Diante de todo o estudo feito, sobre como se dá a naturalização da heteronormatividade nos presídios brasileiros, pode-se constatar que há muito a se fazer, no tocante à diversidade sexual dentro do sistema de

binarismo masculino e feminino, que se perpetua dentro desse sistema. Tendo em vista que na atual conjuntura, nota-se que o sistema carcerário infringe diretamente alguns princípios fundamentais inerentes a pessoa humana, onde destacamos o princípio da dignidade da pessoa humana e da individualização das penas.

Partindo desse pressuposto identificou-se no desenvolvimento do trabalho, que a sociedade tem dificuldade em entender como se dá as diversas manifestações da sexualidade, tendo em vista que distinguir gênero de sexo que nem sempre são de acordo, onde o gênero biológico se confunde com o psicológico. Enraizado a sociedade arcaica com culturas conservadoras que marginalizam a cultura homossexual, trazendo consigo distinções precipitadas com relação a tais manifestações.

Dentro desse sentindo, percebe-se que existe uma necessidade de caráter de urgência, em mudança no sistema prisional brasileiro partindo de dentro para fora, afim de que possa ser cumprido o mínimo para se ter um bem-estar social inerente a todos os seres humanos, como assim é previsto em nossa Constituição Federal. Criando e executando leis que resguardem um direito ao reconhecimento das diversas manifestações sexuais que são presentes na sociedade.

Por fim, faz-se necessário pesquisas mais aprofundadas e interdisciplinares que abordem questões não só a transexualidade no cárcere, mas também uma reavaliação do atual sistema carcerário brasileiro em todos os fatores que influenciam diretamente no bem estar do individuo que tem seus direitos violados.

Referências

BENTO, B. O que é transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro; Companhia das Letras. 2014, p. 45.

BUTLER, Judith. **UndoingGender**. New York; London: [s.n.], 2004.

BRASÍLIA. **Gênero e diversidade na escola**: formação de professoras/es em Gênero, orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais. Livro de conteúdo. – Rio de Janeiro. 2009.

BRASIL. **VadeMecum Acadêmico de Direito**: Código Penal, Lei de Execução Penal, Constituição Federal, Lei n. 8072/90. Org: Anne Joyce Angher. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Presidência da República. 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de maio de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.370 de 11 de maio de 2018**. Diário Oficial da União- Seção 1- Edição Extra A-11/5/18, pág.1, Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9370-11-maio-2018-786673-publicacaooriginal-155546-pe.html>>. Acesso em 11 de mai. 2018.

CARVALHO, Salo. **Sobre as possibilidades de uma criminologia queer**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul.-dez. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva 2014. Vol. 1.

MARSSARO, Jonas. **Combate à Discriminação**: STF transfere detentas trans para presídio feminino. Santa Catarina. 2018 Disponível em: < <https://www.empoderadx.com.br/single-post/2018/02/22/Combate-à-Discriminação-STF-transfere-detentas-trans-para-presídio-feminio>> Acesso em 10 jun. 2018.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. revista, ampliada e atualizada. Jus Podvm, Salvador, 2015.

Responsabilidade civil pelo rompimento do noivado à luz da jurisprudência brasileira

Glauber Matheus Araujo Rodrigues

1. Introdução

O Rompimento do Noivado ocorre em inúmeras situações, algumas mais “amigáveis” que outras e em muitos casos situações humilhantes podem ocorrer, e são nesses casos que incorrem pedidos de indenização.

Infelizmente, não existe legislação acerca de tal responsabilização, sendo utilizado como parâmetro a doutrina, e a jurisprudência, no tocante a possibilidade de responsabilização civil pelo rompimento do noivado no âmbito material, que pode ocorrer quando o noivo (a) que fora deixado obteve prejuízos financeiros, e no âmbito moral, quando atinge a esfera pessoal.

Utilizou-se jurisprudências de diferentes Tribunais de justiça para análise dos seus entendimentos no tocante a caracterização tanto do dano moral como dano material.

De início buscou-se analisar tal instituto para verificar a incidência dessa responsabilidade, sendo necessário demonstrar os danos sofridos em razão da responsabilização ser subjetiva.

Por fim, buscou-se analisar o rompimento do noivado, com base jurisprudencial, sendo necessário observar se que esse rompimento foi realizado motivado ou imotivadamente, já que não é qualquer rompimento que pode gerar tal indenização, na qual se ocorrer sem justo motivo

pode gerar enriquecimento sem causa, sendo necessário a comprovação da existência de danos de um sponsal em relação ao outro.

Como já demonstrado acima, a jurisprudência pátria não vem dando indenização em todas as causas, sendo necessário demonstrar o dano sofrido para que possa receber tal ressarcimento dos danos, cuja possibilidade ocorre quando da pratica de ato ilícito previsto no Código Civil.

2. Rompimento do Noivado

Não é qualquer rompimento de noivado que causa responsabilização no âmbito civil, é necessário que seja praticado algum ato ilícito do art.186 e art.927 do Código Civil, na qual se não existir justo motivo para tal rompimento obtém aí o direito a reparação.

Existe corrente de que tal responsabilização não poderia ocorrer, pois ninguém estaria obrigado a se casar contra sua vontade, conforme artigo 1514, que diz que o casamento ocorre no momento em que manifestam à vontade para o juiz.

Para que seja responsabilizado civilmente a pagar indenização é necessário que cause danos ao outro, sendo no âmbito moral de difícil comprovação, em razão das suas circunstancias de ocorrência e de difícil mensuração financeira, pois muitas vezes o desejo de casar é muito maior do que qualquer vantagem financeira.

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL ROMPIMENTO DE NOIVADO

Comprovação da existência de relação amorosa entre as partes e dos preparativos de seu casamento Inexistência de vínculo obrigacional - **Ausência de prova de circunstância excepcional quando do rompimento do noivado, expondo a parte a situação vexatória e humilhante Inexistência de ofensa à dignidade e à honra da autora** - Indenização por danos morais indevida - Reparação de danos materiais limitada às despesas efetivamente

comprovadas - Divisão dos custos em razão da comunhão de interesse das partes Ratificação dos fundamentos da sentença (art. 252 do RITJSP) - Sentença mantida - Recursos desprovidos.

(TJ-SP – APL: 00054426120108260368 SP 0005442 – 61.2010.8.26.0368, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 18/06/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/06/2012) **grifo nosso**

Conforme se observa na jurisprudência acima, o rompimento em si não gera obrigação de indenizar no âmbito moral, é necessário que exista alguma ofensa, seja a sua dignidade, honra ou até mesmo algum tipo de humilhação.

O Tribunal de Justiça do Piauí já proferiu decisão em relação a esse rompimento condenando ao pagamento de indenização pelo rompimento do noivado um dia antes ao casamento sem que houvesse motivo que justificasse tal desistência.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESISTÊNCIA DO NOIVO NO DIA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. APELO IMPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Insurge-se o ora apelante, contra sentença que o condenou a pagar à parte autora, ora apelada, R\$ 10.000,00 a título de compensação por danos morais e R\$ 6.390,00 a título de danos materiais em decorrência da desistência do casamento no dia marcado para sua realização.

2. A desistência em relação ao compromisso assumido no noivado, por si só, não configura ato ilícito indenizável, pois se encontra na esfera da liberdade pessoal inafastável, já que não pode haver matrimônio sem a livre vontade manifestada pelos nubentes.

3. No entanto, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, se a decisão de rompimento "violar direito e causar dano a outrem" ou exceder "manifestamente os limites impostos pelos bons costumes" gerando danos a outrem, deve ser vista como ato ilícito, sujeitando-se aos efeitos do art. 927 do Código Civil.

[...]

(TJ-PI – AC:00010024920108180140 PI, Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa, Data de Julgamento: 06/12/2017, 3ª Câmara Especializada Cível)
GRIFO NOSSO

A desistência do casamento nas vésperas ultrapassa os limites da boa-fé impostos, portanto resta configurado os danos ao espousal deixado, ainda sobre o mesmo julgado, verifica-se que com o cancelamento do casamento, fora necessário cancelar festa e dispensar os convidados, o que causa imensos danos a honra e dignidade da pessoa.

[...]

4. Assim, o dano moral pode ocorrer, não pela desistência em si do casamento, mas pela forma como a desistência se processa.

5. Conforme consta nos autos, ficaram provadas que as condutas do apelante geraram na apelada expectativa razoável de que o casamento iria acontecer. Isso porque há nos autos demonstração de apreço pela sua então noiva; além disso, no dia anterior à data marcada para o casamento não houve nenhuma briga do casal, pelo contrário, o apelante foi à casa apelada, ocasião em que conversaram sobre detalhes da festa de casamento.

6. Dessa forma, não se pode considerar razoável o constrangimento sofrido pela apelada, considerando que houve o cancelamento da festa e a dispensa dos convidados no dia do seu casamento, de modo que a sua honra e sua dignidade restaram profundamente violados.

[...]

(TJ-PI – AC:00010024920108180140 PI, Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa, Data de Julgamento: 06/12/2017, 3ª Câmara Especializada Cível)
GRIFO NOSSO

Ainda, verifica-se que devem ser ressarcidos tanto os danos patrimoniais que foram comprovados, como principalmente os danos morais em razão dos graves prejuízos a dignidade e honra sofridos.

7. Diante disso, em razão das particularidades do presente caso, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) fixado na sentença a quo deve ser mantido.

8. Conforme comprovado nos autos por meio dos recibos de fls. 21/23, os danos materiais totalizam o valor de R\$ 6.390,00 (seis mil trezentos e noventa reais).

9. Pelo exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos.

(TJ-PI – AC:00010024920108180140 PI, Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa, Data de Julgamento: 06/12/2017, 3ª Câmara Especializada Cível)

Conforme demonstrado pela jurisprudência acima, a desistência do noivado não gera o dever de indenizar, porque ninguém é obrigado a casar sem vontade, mas se tal rompimento causar danos a outrem, conforme artigos 186 e 187 do Código Civil, que expõem, quando alguém violar direito de outrem por meio de uma ação ou omissão podendo ser inclusive moral, comete ato ilícito além da existência de uma forma equiparada de ato ilícito quando extrapola os limites impostos, esse ato ilícito será necessário a reparação.

Como não houve motivo razoável para o rompimento, e tal rompimento fora realizado as vésperas do casamento, com necessidade de desconvidar os convidados, causou grandes danos a honra e dignidade, sendo obrigado a reparação por danos morais e ainda os danos materiais, em que tais valores seriam utilizados para o pagamento de despesas do casamento.

Já o prazo para reparação de qualquer que seja o dano, não pode ser eterno, devendo observar os prazos previstos em lei para que a pretensão da reparação do dano tanto moral como material, não prescreva.

De acordo com o Código Civil, nos artigos 189 e 206, ocorrerá a prescrição de reparação civil e de enriquecimento sem causa no prazo de três anos.

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os [arts. 205 e 206](#).

Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

Portanto quando a parte buscar algum tipo de indenização referente a dano moral ou patrimonial, ou até mesmo como demonstrado em

jurisprudências acima ressarcimento de eventuais valores pagos, para evitar o enriquecimento sem causa, deve esta ação ser pretendida em até 3 anos.

2.1 Do dano moral

De acordo com Flavio Tartuce (2017), existem doutrinadores que entendem que cabe apenas indenização no âmbito moral, já outros que entendem que apenas existe indenização por danos materiais, ocorrendo grande divergência em ambos os posicionamentos.

De acordo com este grande doutrinador, existe corrente preponderante na doutrina por não entender como direito a indenização por danos morais, mas entende ser possível a incidência da indenização em razão da grande complexidade das relações, conforme preceitua:

O que se percebe é que há forte corrente doutrinária que entende não ser possível a responsabilidade civil por danos morais pela quebra de promessa de casamento. De fato, não se pode afirmar que o casamento é fonte de lucro e, sendo assim, não há como ressarcir lucros cessantes. Porém, reafirmamos ser viável a reparação dos danos materiais em situações especiais, sendo certo que a complexidade das relações pessoais recomenda a análise caso a caso.

O dano moral em si é de difícil caracterização e no rompimento do noivado não é diferente, pois afeta a personalidade direta da vítima, se mostrando de difícil compensação, assim como entende Venosa. (2017, p.418)

Dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização.

Apesar de ser de difícil comprovação, os danos morais são indenizáveis dependendo do caso e da gravidade da situação, sendo que, além das peculiaridades de cada caso, os tribunais possuem diferentes entendimentos sobre tal incidência conforme jurisprudências que divergem sobre o mesmo tema:

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REPARATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ROMPIMENTO DE NOIVADO. Sentença que condena o Réu ao ressarcimento de metade do valor dispendido para os preparativos do casamento. **Improcedido o pedido de compensação por danos morais.** Irresignação de ambas as partes. Dano material. Ocorrência. Partes que estavam na constância de união estável reconhecida perante cartório extrajudicial em todo o período de aquisição de bens móveis para os preparativos do casamento. Presunção legal de que todas as despesas realizadas para os preparativos do casamento decorreram do esforço comum das partes. Art. 5º da Lei nº 9.278/96. Competência do juízo cível. Matéria estritamente patrimonial. Inexistência de discussões acerca da união estável, situação jurídica já sacramentada. Precedentes desta Corte Estadual. Ajuste no valor devido à autora a título de danos materiais. Dano moral. Inocorrência. Inexistência de ato ilícito. **Inexistência de repercussões maiores do que as esperadas para qualquer hipótese semelhante de rompimento dos esponsais. Frustrações e dores derivadas de rompimentos de enlaces amorosos a que estão sujeitos todos os integrantes da vida adulta.** RECURSOS CONHECIDOS. PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA. DESPROVIDO O RECURSO DO RÉU. (APELAÇÃO TJRJ [0015674-38.2013.8.19.0202](#), Des(a). MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA - Julgamento: 14/11/2018 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. **GRIFO NOSSO**

Quando, de certa forma o noivo (a) é enganado com promessas e posteriormente com ameaças, pode sim caracterizar o dano moral indenizável, conforme jurisprudência seguinte:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DOS ESPONSAIS -ROMPIMENTO NOIVADO À VÉSPERA DO CASAMENTO - USO VALOR RECEBIDO INDENIZAÇÃO TRABALHISTA EM IMÓVEL - REGISTRO DE AMEAÇAS - PEDIDO DE MEDIDA PROTETIVA - DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS - PROVIMENTO NEGADO.

Demonstrado ter a parte autora destinado o numerário recebido em ação trabalhista, na reforma da casa do noivo, bem como na compra de móveis, sob a promessa de que seria co-proprietária do imóvel que, posteriormente, restou demonstrado estar gravado de cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, **bem como as ameaças sofridas após o rompimento da relação amorosa, configura dano moral indenizável, nos termos do art. 186, do Código de Processo Civil. (Apelação TJMG 0733955-23.2010.8.13.0024** Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, 09/05/2013, Data do Julgamento 09/05/2013)

Conforme mostrado acima, existe divergência jurisprudencial acerca da incidência dos danos morais, mas apesar disso, para os tribunais indenizarem tais danos dependem das circunstâncias de cada caso, assim como entende Gonçalves (2017, p.73).

Se o arrependimento for imotivado, além de manifestado em circunstâncias constrangedoras e ofensivas à sua dignidade e respeito (abandono no altar ou negativa de consentimento no instante da celebração), o direito a reparação do dano moral parece-nos irrecusável.

Vale ressaltar que nem toda ruptura do noivado gera danos a outra parte, já que é de livre escolha do indivíduo querer ou não contrair o matrimônio, já que o noivado é mera expectativa de um futuro casamento, na qual não constitui direito líquido e certo.

Apesar disso, existem casos em que é evidente os danos morais em razão da maneira que fora efetuada tal rompimento. Sendo que em alguns deles pode ocorrer situações vexatórias, constrangimentos ou até mesmo humilhação ao sponsal, conforme jurisprudência seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. O rompimento de noivado não enseja, por si, só o dever de indenizar. Inexistência de comprovação de desdobramentos extraordinários na esfera psíquica da parte, caracterizando ofensa a algum direito de sua personalidade. Dano moral não configurado. Recurso conhecido e desprovido. (tjrj - ap.0013457-08.2014.8.19.0066 , des(a). Jaime dias pinheiro filho - julgamento: 10/04/2018 - décima segunda câmara cível)

Para que possa existir um dano moral indenizável é necessário que ocorra algum constrangimento, humilhação, ou algum tipo de grave dano psíquico ao noivo (a), podendo ser inclusive a desistência do casamento no altar, na qual causaria grande vergonha e vexame a aquele que fora deixado prestes a se casar.

Portanto, a promessa de casamento não obriga ninguém a casar, mas se o esponsal resolver desistir do matrimônio deve este tentar de todas as formas realizar tal ruptura de forma discreta e com menor sofrimento, a fim de, de certa forma diminuir os danos que a outra parte possa sofrer, para que apesar da tristeza do termino do relacionamento e até mesmo de um sonho, não seja esse termino humilhante causando sérios danos morais, que seriam cabíveis indenizações.

2.2 Do dano Material

O dano material traz a ideia de lesão que pode ser economicamente mensurável, na esfera patrimonial do seu titular, podendo esses danos serem de duas espécies, dano emergente e os lucros cessantes, sendo que somente os danos emergentes podem se aplicar ao rompimento do noivado em razão desde se basear no efetivo prejuízo, conforme entende Tartuce (2017 p.472).

há os danos emergentes ou danos positivos, constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado – o que efetivamente se perdeu.

Como o tema não possui legislação específica, as decisões em relações a indenização tanto no âmbito moral como no material possuem grande divergência pelos tribunais, alguns reconhecendo, outros não.

Vale ressaltar, que não pode ocorrer o enrijecimento das decisões, em razão de que, cada caso possui sua peculiaridade, cada caso possui diferentes situações na qual pode ocasionar menos ou mais danos.

Os noivos podem realizar despesas de todas as formas, sendo que se desistir do casamento sem justo motivo, deve este ser reparado de tais danos, assim como entende Gonçalves (2017, p.71).

Tendo em vista as futuras e próximas núpcias, os noivos realizam despesas de diversas ordens: adquirem peças de enxoval, alugam ou compram imóveis, adiantam pagamento de bufês, de enfeites da igreja e do salão de festas, pedem demissão de emprego etc. O arrependimento do outro acarretará, então, prejuízos ao que tomou tais providencias. Se não houve justo motivo para a mudança de atitude, o prejudicado terá o direito de obter judicialmente a reparação do dano.

Para poder ocorrer a indenização por danos materiais ao esponsal inocente, deverá este demonstrar os danos sofridos, os gastos que foram feitos em prol do casal ou até mesmo em prol do casamento, conforme jurisprudência seguinte.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ROMPIMENTO DE NOIVADO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NÃO CABIMENTO - AUSÊNCIA DE DANO MORAL - FALTA DE PROVA DE DANO MATERIAL. A simples ruptura de um noivado não pode ser causa capaz de configurar dano moral indenizável, salvo em hipóteses excepcionais, em que o rompimento ocorra de forma anormal e que ocasione, realmente, à outra pessoa uma situação vexatória, humilhante e desabonadora de sua honra, o que, no caso dos autos, como visto, não ocorreu. **Não se há de falar em indenização por dano material, no caso de rompimento de noivado, se não há prova nos autos de culpa de quem quer que seja pelo rompimento havido e sequer das despesas realmente feitas com a preparação da cerimônia.** (TJMG, Apelação Cível n. 1.0480.12.016815-2/001, relator des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, Julgado em 03/12/2015. DJEMG 15/12/2015) **GRIFO NOSSO**

Ainda, quando não consegue comprovar os gastos, não devem estes serem ressarcidos, até para evitar como forma de vingança uma perda patrimonial pelo outro esponsal.

É necessário provar que ocorreu as despesas em razão do casamento, assim como entende Flavio Tartuce (2017) na qual preceitua que existem ementas que não reconhecem o dever de indenizar já que não fora provado

os danos sofridos, mas podendo reconhecer os danos morais em razão da elevada gravidade dos fatos.

Assim como retratado, é necessário a demonstração dos danos sofridos para que possa existir a efetiva indenização, até para evitar enriquecimento ilícito, conforme preceitua Gangliano (2017, p.101).

Claro está que o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante.

Sendo o dano material de mais fácil quantificação em razão da necessidade de comprovação dos danos que foram provocados, podendo ser visualizados por meio de comprovação de gastos com festa de casamento, cerimonia, atração musical, casa, enfim, bens que em decorrências do não casamento, ocasionaram sofreram danos patrimoniais ao esponsal lesado.

3 Considerações finais

Por fim, como já demonstrado ao longo do presente trabalho, e também por meio das jurisprudências, a responsabilidade civil precisa ser demonstração em razão da sua subjetividade em que para sua incidência é necessário a demonstração do ato ilícito com base nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Como não existe legislação específica acerca do tema, tais responsabilizações baseiam-se na existência de tais atos ilícitos, na qual o rompimento do noivado pode e ocorre, não por expressa previsão legal, mas por decisões judiciais, nas quais os tribunais reconhecem em alguns casos danos provocados ao esponsal lesado.

Apesar de no rompimento do noivado ser possível a caracterização de algum tipo de indenização, não é qualquer dano ou prejuízo que pode

ser indenizável, para que isso ocorra é necessário a comprovação dos prejuízos sofridos decorrentes deste rompimento, pois ninguém é obrigado a se casar contra sua vontade.

Entretanto, quando esta desistência causar danos graves, podem estes serem indenizáveis, sendo que, tais danos podem ocorrer tanto em razão do dano moral, dano este de difícil mensuração e de menor aceitação nos tribunais, na qual preterem pela não concessão, mas dependendo da situação e dos danos sofridos, podem estes incidirem.

Também podem incidir danos materiais, sendo mais fáceis de serem mensurados, e mais admitidos nos tribunais, na qual podem ocorrer em razão da reforma de um casa, da compra de uma viagem de lua de mel, ou até mesmo em razão dos custos do casamento, bem, muitas são as maneiras de buscar a indenização por danos materiais ao esponsal lesado.

Referência:

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 00054426120108260368. Apelante: Valdecir Martins. Apelada: Adriana dos Santos. Relator: Alexandre Marcondes, 18 de junho de 2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116373195/apelacao-apl-54426120108260368-sp-0005442-6120108260368>>. Acesso em 06 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Cível nº 00010024920108180140. Apelante: Apelado: Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa, 06 de dezembro de 2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643016318/apelacao-civel-ac10024920108180140-pi>. Acesso em 03 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. relator MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA, Julgamento: 14/11/2018, disponível em : <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.2.0>> acesso em 07 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível, Relator: Jaime Dias Pinheiro Filho. Julgamento: 10/04/2018, disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574535155/apelacao-apl-134570820148190066-rio-de-janeiro-volta-redonda-3-vara-civel/inteiro-teor-574535171>> acesso em 05 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.10.073395-5/001. Apelante: Elizabeth Silva Santos. Apelado: Soraia Fernandes do Carmo. Relator: Newton Teixeira Carvalho, 09 de maio de 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao.do?jsessionid=DFBFDA350891DBE2A89D9F411D9467B4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=073395523.2010.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 01 maio 2020.

BRASIL Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0480.12.016815-2/001. Apelante: Monaliza Angelica Santana. Apelado: Eduardo Costa Candido Teixeira. Relator: Evandro Lopes da Costa Texeira, 03 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0480.12.016815-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 28 abril 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil/ Pablo Stolze Gangliano, Rodolfo Pamplona Filho – 15 ed. – São Paulo: Saraiva 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 4 – responsabilidade civil – 12 edição – São Paulo – Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil por quebra de promessa de noivado. **Jusbrasil**. 2017. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/503532763/responsabilidade-civil-por-quebra-de-promessa-de-noivado> Acesso em: 29 de abril de 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil** – 17 edição – São Paulo: Atlas, 2017.

O panorama do trabalho intermitente nas relações de trabalho doméstico

João Felipe Souza Elva de Sá^{1}*

1. Introdução

A lei 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista, vigente desde 11/11/2017, alterou em diversos pontos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, trazendo consigo um caráter neoliberal, que cominou na desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas.

Dentre os direitos suprimidos por tal reforma, destaca-se a criação do contrato de trabalho intermitente, no art. 443, caput e § 3º da CLT e regulamentado no art. 452-A, caput e §§ 1º até o 9º, do mesmo dispositivo legal.

No entanto, a norma é silente no tocante a aplicabilidade dessa modalidade de contrato com os demais trabalhadores, apenas vedando sua vigência no que diz respeito aos aeronautas, que têm legislação específica. Diante da omissão legislativa, fica o questionamento sobre o seu aproveitamento em relação ao empregado doméstico. Como se daria o panorama do trabalho intermitente nas relações de trabalho doméstico?

Nos termos da CLT,

* Assessor parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado do Piauí (ALEPI). Graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho (ICF). Pós Graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola do Legislativo Prof. Wilson Brandão. É integrante, como estudante, do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Civil XXI, da Universidade Federal do Piauí (UFPI). E-mail: joaofelipedesa39@gmail.com

Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017, Art. 443 § 3º).

Portanto, o legislador reformista criou, no art. 443, caput, e conceituou, no § 3º, o novo modelo de contrato laboral do ordenamento jurídico trabalhista.

2. Do trabalho intermitente

O trabalho intermitente foi instituído pela reforma trabalhista, e também regulamentado por ela. O Brasil passava por um momento de insegurança jurídica pós impeachment em 2016, e logo após o fim do período de vacância da lei 13.467/17, em 14/11/2017, o então Presidente da República Michel Temer, editou a Medida Provisória 808, buscando sanar as lacunas presentes na normatização da CLT.

No entanto, a MP caducou, ou seja, perdeu sua vigência em 23/04/2018, sem ao menos ser apreciada pelo Congresso Nacional, portanto, passou a vigorar novamente o texto originalmente aprovado na reforma trabalhista, e o conteúdo voltou a carecer de maior detalhamento.

A regulamentação detalhada do contrato de trabalho intermitente só veio em 24/05/2018, com a Portaria 349/2018 do antigo Ministério do Trabalho e Emprego, hoje Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, integrada ao Ministério da Economia.

A regulamentação determinada pela CLT diz que o contrato deve ser escrito e anotado na CTPS, isto é, não pode ser firmado tacitamente, como os demais contratos de trabalho; o valor hora ou dia igual ao valor do salário mínimo por hora ou equivalente aos salários dos demais empregados da empresa; convocação, por qualquer meio eficaz, inclusive os eletrônicos, como por exemplo, aplicativos de troca de mensagens instantâneas para smartfone e e-mail, com antecedência mínima de três dias; após a

convocação, o empregado tem um dia útil para responder ao chamado. No caso de silêncio, presume-se a recusa; a recusa do empregado não caracteriza insubordinação; é devida multa de 50% da prestação do serviço, pelo descumprimento; o período de inatividade não configura tempo à disposição, podendo o empregado prestar serviço a outros contratantes; todas as parcelas remuneratórias deverão ser quitadas no término da prestação de serviço, exceto o saque do FGTS; o empregador deverá efetuar o pagamento do FGTS e do INSS com base no valor pago de salário durante o mês; a cada doze meses, o empregado terá direito a um mês de férias, em que não poderá ser acionado. Essa regulamentação disposta na CLT é de grande valia, pois trata das diretrizes gerais para a implementação deste contrato de trabalho.

Alguns pontos ainda careceram de apreciação, que foi feita pela Portaria MTb 349/2018, eis os pontos abordados pelo ato administrativo: mesmo com previsão em negociação coletiva (Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho), o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e registrado na CTPS; no contrato deve conter identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes, valor da hora ou do dia de trabalho e o local e o prazo para o pagamento da remuneração; é assegurado o direito ao parcelamento das férias em até três períodos, nos termos do art. 134 da CLT; se o período de convocação exceder a um mês, a remuneração deve ser feita até o quinto dia útil do mês subsequente, nos termos do art. 459 § 1º da CLT; nos períodos de inatividade o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, inclusive na modalidade intermitente e para empregadores do mesmo setor econômico; caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade, restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente; as verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente; as obrigações previdenciárias e o FGTS considerarão os valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

Esses foram os principais pontos sobre a regulamentação do contrato de trabalho intermitente, tragos por ato administrativo do MTb, buscando uma maior segurança jurídica para as partes envolvidas na relação de trabalho.

Com isso, o empregador sente confiança em aplicá-lo no cotidiano da atividade empresarial, sem receios de arcar com passivos trabalhistas em decorrência das lacunas legislativas.

Para o empregado, a portaria foi elucidativa em alguns pontos cruciais, ilustrativamente, sobre a possibilidade de prestação de serviço a outros empregadores nos períodos de inatividade.

2.1 Da (in)constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente

Diante da inovação legislativa, muito se questionou diversos pontos abordados por esta modalidade de contrato em face à Constituição Federal de 1988.

Para Maurício Godinho Delgado,

O novo contrato de trabalho intermitente conforme se pode perceber, inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho. (DELGADO, 2019, p. 672).

Trata-se de contrato obrigatoriamente escrito, mas que afasta ou restringe garantias trabalhistas, principalmente no que concerne à jornada de trabalho e à remuneração.

No que diz respeito à jornada de trabalho, o empregado não tem a certeza de quando irá comparecer de fato ao posto de emprego, ficando sempre à disposição do empregador, como se tivesse em um eterno sobre-aviso, pois a qualquer momento poderá ser convocado ao trabalho, observando-se o prazo legal.

É evidente que lei permitiu a recusa à convocação do empregador, mas na prática esse texto de lei tem pouca materialidade, pois por se tratar

de uma relação de trabalho, consequentemente desigual, com o empregado sendo parte hipossuficiente, a recusa dificilmente ocorrerá.

A CF/88 é analítica, e trata diversos pontos à exaustão, inclusive definindo a carga horária semanal da jornada de trabalho como sendo de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (Art. 7º, XXIII).

O contrato de trabalho intermitente fere frontalmente esse dispositivo constitucional, pois nesse contrato o empregador não é obrigado a cumprir com o empregado essa carga horária, flexibilizando um direito assegurando pela Carta Magna, e precarizando a mão de obra.

A CF/88 também garante salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (Art. 7º, VII). O trabalhador intermitente, além da insegurança quanto à jornada de trabalho, ainda não tem certeza da remuneração mensal, que pode ser inclusive inferior ao salário mínimo, o que contradiz a lei maior.

Até o momento não há uniformidade na jurisprudência acerca da constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, porém o TST, em sede de Recurso de Revista decidiu pela legalidade da contratação, conforme a ementa a seguir exposta:

I) AGRAVO DE INSTRUMENTO - RITO SUMARÍSSIMO - TRABALHO INTERMITENTE - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA - VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II, DA CF. Tratando-se de matéria nova a relativa ao trabalho intermitente, reconhece-se a transcendência jurídica do recurso de revista, e constatando-se a recusa do Regional na aplicação da nova Lei 13.467/17 à modalidade intermitente de contratação, a hipótese é de reconhecimento de violação do art. 5º, II, da CF, em processo submetido ao rito sumaríssimo. Agravo de instrumento provido. II) RECURSO DE REVISTA - RITO SUMARÍSSIMO - TRABALHO INTERMITENTE - MATÉRIA NOVA - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA - VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II, DA CF - DESRESPEITO PATENTE À LEI 13.467/17, QUE INTRODUZIU OS ARTS. 443, § 3º, E 452-A NA CLT. 1. Constitui matéria nova no âmbito deste Tribunal, a ensejar o conhecimento de recurso de revista com base em sua transcendência jurídica (CLT, art. 896-A, § 1º, IV), aquela concernente ao regramento do trabalho intermitente, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.467/17. 2. Discutida a matéria em recurso oriundo de processo submetido ao rito sumaríssimo,

apenas por violação direta de dispositivo constitucional se pode conhecer do apelo, nos termos do § 9º do art. 896 da CLT. 3. É pacífica a jurisprudência do TST no sentido de que, excepcionalmente, pode-se conhecer de recurso de revista em rito sumaríssimo por violação ao princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da CF, como forma de controle jurisdicional das decisões dos TRTs que deixarem flagrantemente de aplicar dispositivo legal que rege a matéria em debate (Precedentes de todas as Turmas, em variadas questões). 4. In casu, o 3º Regional reformou a sentença, que havia julgado improcedente a reclamatória, por entender que o trabalho intermitente “deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas” e que “não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa”. 5. Pelo prisma da doutrina pátria, excessos exegéticos assomam tanto nas fileiras dos que pretendem restringir o âmbito de aplicação da nova modalidade contratual, como nas dos que defendem sua generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê. 6. Numa hermenêutica estrita, levando em conta a literalidade dos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, que introduziram a normatização do trabalho intermitente no Brasil, tem-se como “intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria” (§ 3º). Ou seja, não se limita a determinadas atividades ou empresas, nem a casos excepcionais. Ademais, fala-se em valor horário do salário mínimo ou daquele pago a empregados contratados sob modalidade distinta de contratação (CLT, art. 452-A). 7. Contrastando a decisão regional com os comandos legais supracitados, não poderia ser mais patente o desrespeito ao princípio da legalidade. O 3º Regional, refratário, como se percebe, à reforma trabalhista, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica. 8. Ora, a introdução de regramento para o trabalho intermitente em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na informalidade (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo, flexibilizando a forma de contratação e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera

precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho. 9. Nesses termos, é de se acolher o apelo patronal, para restabelecer a sentença de improcedência da reclamatória trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido.

No caso em tela, o trabalhador ingressou com uma reclamação trabalhista em face da empresa Magazine Luiza, que o contratou na modalidade intermitente. O TRT da 3^o Região, em Minas Gerais, havia entendido que o contrato intermitente deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, além de não ser cabível para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa, sendo admitido apenas em caráter excepcional.

A 4^o Turma do TST divergiu da decisão do regional, entendendo que, conforme afirmou o Ministro Ives Grandra Filho, relator do processo, o contrato intermitente surgiu para tirar milhares de trabalhadores da informalidade, que viviam de “bicos”, e sem as garantias da CLT. O Ministro ressaltou ainda que tal medida tira brasileiros do desemprego e não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho.

No entanto, vale ressaltar que esse posicionamento não significa a opinião do colendo Tribunal, pois foi uma decisão de turma, que é composta por apenas três ministros. Observa-se que a CF/88 define a composição do TST com vinte e sete ministros.

A discussão acerca da constitucionalidade do trabalho intermitente é tamanha que há em tramitação no STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade da Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo – FENEPOSPETRO (ADI 5826), Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATTEL (ADI 5829) e da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI (ADI 6154).

Em suma, essas ações visam à declaração de inconstitucionalidade pelo STF dos dispositivos inseridos pela reforma trabalhista em relação ao

trabalho intermitente, invocando para isso os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

3. Do empregado doméstico

O trabalhador doméstico não é regido pelas normas da CLT, pois a partir da Lei Complementar 150/2015, passou a ter regulamentação específica. Acertadamente fez o legislador, pois o trabalhador doméstico possui uma série de peculiaridades, que não são abrangidas pela CLT, sendo necessária uma legislação especial para abranger tais situações.

O referido diploma legal definiu no art. 1º, quem são os trabalhadores regidos por essa modalidade contratual, sendo aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana.

Uma das especificidades do trabalhador doméstico é no que concerne a não eventualidade. Logo no conceito legal, o legislador definiu de maneira objetiva que a habitualidade configura-se a quando o trabalhador presta serviços mais de dois dias por semana para o mesmo empregador. Quando o serviço prestado é de até dois dias por semana, considera-se descontinuo, não se enquadrando como trabalhador doméstico, mas sim como diarista.

Outra particularidade inerente ao trabalhador doméstico, ilustrativamente, é no tocante a finalidade não lucrativa dos serviços, que são prestados a outra pessoa física, ou à família.

Os serviços não podem ser prestados às pessoas jurídicas. Essa outra característica é fundamental na sua distinção em relação aos parâmetros da CLT, pois há aqui uma pessoalidade em ambos os polos da relação trabalhista. Então, por exemplo, no caso de morte do empregador, considera-se a relação extinta, exceto se a relação continuar a existir, nos mesmos moldes com a família.

A LC 150/2015 inovou, ao permitir uma forma de fracionamento de intervalos diferente da estabelecida na CLT, funcionando da seguinte forma: o empregado doméstico tem direito ao intervalo intrajornada de uma a duas horas, podendo haver redução, através de acordo escrito, para 30 minutos. O desmembramento do intervalo é permitido em até 2 (dois) períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo, 1 (uma) hora, até o limite de 4 (quatro) horas ao dia, desde que o empregado resida no local de trabalho.

A CF/88 (art. 7º, parágrafo único) garantiu um rol de direitos para esse empregado, quais sejam: salário mínimo, irredutibilidade do salário, 13º salário, descanso semanal remunerado (preferencialmente aos domingos), férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, licença paternidade, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, aposentadoria e integração à previdência social.

4. O panorama do trabalho intermitente nas relações de trabalho doméstico

Após a análise dos modelos de contrato intermitente e doméstico, o presente trabalho tem por escopo minuciar o panorama do trabalho doméstico intermitente, principalmente no que diz respeito a sua possibilidade no ordenamento jurídico pátrio, observando os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, CLT e Lei Complementar 150/2015 (Lei do Trabalho Doméstico).

De acordo com o doutrinador e Ministro do TST Maurício Godinho Delgado:

Tecnicamente, empregado doméstico é a pessoa física que presta, com personalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família, em função do âmbito residencial destas. (DELGADO, 2019, p. 441).

Conforme já explanado no presente estudo, o trabalho doméstico, apesar de haver semelhança em diversos pontos com o trabalhador urbano comum, é regido por legislação específica. Um desses pontos é a continuidade na prestação do serviço, mas diferentemente da CLT, que não estabelece limites para a habitualidade, devendo-se observar caso a caso, a lei do trabalho doméstico definiu objetivamente que se considera contínua a prestação de serviço quando realizada mais de duas vezes por semana.

E mais uma vez, vale ressaltar um dos elementos do trabalho intermitente, que é, conforme o art. 443 § 3º da CLT, a não continuidade. O contrato de trabalho intermitente é uma modalidade especial, mesmo sendo regido pela CLT. Aqui o legislador optou por flexibilizar o requisito inerente à contratação empregatícia padrão, a habitualidade, sendo o serviço prestado quando o empregador, havendo necessidade, convoca o empregado.

Quando postos frente e frente esses dois dispositivos (CLT e LC 150/15), observa-se uma incompatibilidade entre eles, pois a lei do empregado doméstico define que este deve ser contínuo, e a CLT por sua vez, ao regulamentar o trabalho intermitente afirma que ele não é contínuo, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade.

Ao aplicar uma interpretação extensiva da lei do trabalho doméstico, surge o questionamento acerca da aplicação subsidiária da CLT no ao contrato de trabalho doméstico, valendo-se do exposto no art. 19 da legislação específica.

No entanto, tal entendimento não merece prosperar, pois o contrato de trabalho intermitente flexibiliza direitos trabalhistas, diminuindo o leque de proteção sobre a categoria, o que vai de encontro ao que diz o princípio da norma mais favorável, que diante de uma dúvida em relação à interpretação de uma norma, deve-se aplicar aquela que for mais benéfica ao trabalhador, no caso em tela, a LC 150/15 é indubitavelmente a que mais assegura direitos, devendo ser aplicada, sobrepondo-se à CLT.

Para mais, a aplicação de norma subsidiária deve observar as peculiaridades do trabalho doméstico, ou seja, além da lacuna legislativa deve haver uma compatibilidade entre as normas.

O acórdão do processo nº TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097 de relatoria do Ministro Ives Gandra Filho abordou superficialmente a questão do trabalho doméstico intermitente, destacando que sua possibilidade depende da interpretação adotada.

Ao optar por uma hermenêutica restritiva, os empregados domésticos estariam no mesmo grupo dos aeronautas, ou seja, possuem legislação específica e por isso estariam excluídos dessa modalidade de contrato.

Ao escolher uma hermenêutica estrita, admite-se ao trabalho doméstico inclusive de diaristas, que passam a ter uma contratação fixa, com engagements semanais de ao menos um dia. Para a tese dessa posição firmada, a aplicação do trabalho intermitente ao doméstico seria uma forma protetiva, pois as diaristas também seriam abrangidas.

Considerações finais

Portanto, pode-se concluir pela incompatibilidade da contratação do trabalhador doméstico na modalidade intermitente, pois eles demonstram-se modelos antagônicos, principalmente no que tange a habitualidade da prestação do serviço.

Em relação ao diarista, pode haver a contratação através da modalidade intermitente, a critério do empregador, desde que por até dois dias na semana. Esta seria uma medida protetiva, tendo em vista que esse empregado não conta com nenhum tipo de proteção trabalhista, pois é uma espécie de prestador de serviço avulso, e a modalidade intermitente traria a esse trabalhador, ainda que flexibilizadas, as garantias da CLT.

Vale também ressaltar que o contrato de trabalho intermitente foi uma profunda alteração no ordenamento jurídico trabalhista e é relativamente recente, pois foi inserido na reforma trabalhista em 2017. Portanto ainda não há uniformidade no entendimento dos Tribunais Superiores

(TST e STF) sobre a própria constitucionalidade desse contrato (vide ADIs 6154, 5826 e 5829 em tramitação), muito menos sobre a sua aplicabilidade a outros empregados com legislação específica, exceto os aeronautas, por expressa vedação da CLT.

Referências:

BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Seep, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5715222>. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**: Processo: ADI 6154. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5715222>. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**: Processo: ADI 5826. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**: Processo: ADI 5829. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319438>. Acesso em: 8 abr. 2020.

CAETANO, Douglas; SANDES, Fagner. **Passe na OAB: 2ª fase FGV: Completaço**: Prática Trabalhista. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2019.

DAUD JÚNIOR, Antonio. **CLT 2018 Esquematizada Pós Reforma**: Notas de estudo de Direito do Trabalho. São Paulo: Estratégia Concursos, 2018. Disponível em: <https://www.docsity.com/pt/clt-2018-esquematizada-pos-reforma/5180906/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Portaria nº 349, de 24 de maio de 2018.**

Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349_18.html. Acesso em: 5 abr. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula nº 212, de 21 de novembro de 2003.**

Despedimento. Ônus da prova. Brasília: Dj, 2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 1 abr. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Acórdão nº 10454-06.2018.5.03.0097, de 7 de**

agosto de 2019. Processo Nº TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097. Brasília: Dj, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tst-magazine-luiza-regime-intermittente.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto nº 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a Con-

solidação das Leis do Trabalho. Brasília: DOU, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

Judicialização do direito à saúde e os requisitos utilizados para sua efetivação à luz da jurisprudência do tribunal de justiça do Estado do Piauí

Luciana Mesquita Santos

1. Introdução

O presente artigo visa analisar o âmbito das ações propostas judicialmente, cujo pedido principal seja a concessão de direito à saúde. Tal análise, será realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

No primeiro capítulo, mostra-se presente uma visão geral do tema saúde, pois importa frisar a base sobre os conceitos atualmente utilizados sobre o tema, bem como a previsão legal e os direitos constitucionais assegurados para o cidadão. Sobre a matéria prevista expressamente em nossa Carta Magna, dentre tantos outros artigos mencionados, cabe destaque ao de número 196, visto que este dispositivo garante o direito à saúde, incumbe a responsabilidade ao Estado e menciona como o mesmo deverá ser efetivado.

Ainda no citado artigo, faz-se menção ao disposto na lei infraconstitucional mais utilizada para embasamentos técnicos, qual seja: a Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (nº 8.080/90).

Ainda no primeiro capítulo do referido artigo, temos um subtópico que faz referência ao confronto existente entre o princípio da reserva do possível contra o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao longo do texto, há a explicação de ambos isoladamente, para que se faça entender o

motivo do choque, porquê um limita o outro e qual está se sobrepondo nas decisões proferidas atualmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

No capítulo seguinte, destaca-se o foco do trabalho propriamente dito, visto que ocorre a análise de algumas sentenças proferidas pelos magistrados do Estado do Piauí, a fim de observar, se existentes, quais os requisitos utilizados para a concessão ou não do direito à saúde no estado, se há algum tipo de padrão a ser seguido para que seu pleito seja requerido.

Com isso, pretende-se aqui deixar claro para o leitor o posicionamento e a fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, isto é, se existe ou não um parâmetro de requisitos analisados objetivamente para os pleitos sobre direito à saúde.

2. O direito à saúde na legislação brasileira

O direito à saúde é direito fundamental, garantido expressamente no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Bem como também é caracterizado como direito social, de acordo com o art. 6º da referida Constituição, devendo ser efetivado através de políticas públicas que o concretize para todos os cidadãos.

Portanto, temos que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, online)

A partir desse tratamento diferenciado, a administração estatal se incumbem de consumir tal direito, através de políticas públicas e econômicas,

segundo nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.69) o conceito de administração pública divide-se em dois sentidos:

Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Elucidando a fala da ilustre doutrinadora, pode-se perceber que a atividade comissiva da administração em relação à efetivação do direito à saúde está intimamente ligada ao conceito e à função que a esta incumbe, qual seja: a supremacia do interesse coletivo sobre o individual.

A Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios. Vide artigo 24, XII, e 30, II da Constituição Federal.

À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 10); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 20); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). Portanto, conclui-se do pensamento do legislador constitucional, que os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Porém, ao disponibilizar a competência para todos, é de se saber que a Constituição preconiza a cooperação entre eles, visto que seria descabido e inviável que os recursos disponíveis para os entes fossem voltados para o mesmo objetivo.

Portanto, dada a natureza positiva do referido direito, tendo em vista que o Estado deve agir para efetivá-lo, é de suma importância analisar a fundamentação das decisões que concedem ou não tal prerrogativa, pois a partir do momento em que esse direito não é efetivado, o Estado deve munir-se de justificativas que respaldem a decisão proferida, ainda que ela

deixe de concretizar um direito fundamental para a vida de qualquer cidadão.

Sendo assim, consuma-se a ideia de que o direito à saúde, a partir da ótica constitucional, tem como característica basilar a relação de direito-dever.

Em consonância com o entendimento exposto acima, pode-se mencionar a Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (nº 8.080/90), que expõe em seu artigo 2º: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Diante da essencialidade desse direito, o Estado deve prover tal garantia em dois aspectos: o individual e o coletivo. Visto que o direito de um indivíduo não poderá sobressair ao da coletividade, bem como o todo não poderá ser justificativa para negar acesso à um indivíduo, pois isso iria totalmente de encontro ao objetivo imposto pelo legislador.

Em seu artigo “Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário”, Brito Filho (2012, online) afirma que:

[...]É dever, especialmente, do Estado, adotar as medidas necessárias para a preservação da saúde de todos os integrantes da coletividade. Ocorre que, é no mínimo incorreto entender o direito à saúde somente sob esta ótica. É que, do ponto de vista das pessoas, a saúde é, claramente, uma questão que envolve cada um dos indivíduos, não sendo possível raciocinar apenas pelo prisma coletivo.

Ou seja, a visão enfatizada pela Constituição, de acordo com o autor, é a do âmbito coletivo, pois é dever do Estado garantir seu acesso à toda a sociedade. Porém, isso não impede uma leitura particular em relação ao dever do Estado sobre cada indivíduo, pelo contrário, ela torna-se extremamente necessária.

Assim está imposto no artigo 5º da Carta Constitucional (BRASIL,1988, online):

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:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Explicando o dispositivo acima, Paulo Gonet Branco (2011), reafirma a ideia de que esse artigo veio para reforçar a ideia de que os direitos fundamentais devem ter como característica essencial a atitude positiva do Estado, devendo este agir de modo a efetivar essa garantia. Bem como em relação à responsabilidade dos juízes, que tem como função, sempre que necessário, aplicar diretamente as normas constitucionais.

A citada efetivação comissiva do Estado se faz necessária até mesmo para concretizar os próprios dispositivos constitucionais, como o já citado artigo 196 da nossa Carta Maior, pois este traz como formas de garantia do direito à saúde as políticas sociais e econômicas e não decisões judiciais, que é a forma em ascensão atualmente, devido a quantidade excessiva de processos com os mesmos conteúdos peditórios, devido à ausência estatal no plano concreto.

2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com o princípio da reserva do possível do estado

O princípio da dignidade da pessoa humana tem seu surgimento intrinsecamente ligado ao nascimento dos direitos humanos, mais especificamente àqueles direitos de segunda dimensão, quais sejam, os direitos de igualdade.

Contidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1966, temos que:

Artigo 1º . Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e asseguram

livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Artigo 12º. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

Ao ser signatário do Pacto citado acima, o Brasil reconhece esses direitos como sendo inerentes a todas as pessoas e se obriga a promover o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades do homem, bem como a fornecer os meios necessários à efetivação de tais garantias.

Portanto, podemos extrair da criação dos direitos de segunda dimensão que, ao estabelecer os direitos de igualdade, é garantido o mínimo existencial para uma sobrevivência digna para todos os seres humanos, o que levará ao surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que possui como base esse pensamento valoroso.

Tal princípio encontra-se expresso na Constituição Brasileira (1988, online), no artigo que segue:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Sendo assim, podemos extrair do texto constitucional que a Federação se incumbe de garantir o mínimo para uma existência digna e honrosa para qualquer cidadão, o que inclui, dentre outras searas, o direito ao acesso à saúde, incluindo medicamentos, leitos e comunicação com os profissionais da área.

Em contrapartida, o princípio da reserva do possível teve sua primeira aparição no sistema jurídico mundial na Alemanha, em 1972, através do pedido de dois alunos para ingresso em uma Universidade Pública, com a intenção de adentrar no curso de medicina, visto que ambos prestaram o vestibular para tal objetivo, porém, não conseguiram alcançá-lo devido ao número de vagas ofertado pelo Estado.

Ou seja, seu surgimento deu-se devido ao paradigma das normas programáticas, visto que a alegação utilizada para justificar tal direito foi

baseada na Lei Fundamental Alemã em seu artigo 12, I, onde estabelece que, “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional” o que, segundo os autores, ao serem “impedidos” pelo Estado de entrar no curso que desejavam, feria diretamente sua liberdade e a efetivação do direito garantido formalmente em lei.

Ao ter sua relevância constatada, as referidas ações dos cidadãos alemães chegaram ao Tribunal Constitucional Federal, o qual definiu, em sua decisão BVERFGE 33, 303, que o Estado somente estaria obrigado a disponibilizar a quantidade de vagas que sua reserva do possível permitir, ou seja, dentro do orçamento que ele contém para aquela Universidade e para aquele curso. Visto que, ao fornecer vagas de acordo com a vontade dos interessados, conseqüentemente alguns cursos teriam as verbas que seriam destinadas a ele, realocadas para outros, a fim de comportar todos os alunos.

Com isso, uma desproporcionalidade econômica e social surgiria, visto que, no futuro, os profissionais poderiam tender para uma quantidade limitada de áreas, causando déficit na prestação de serviços de várias searas essenciais para o funcionamento da máquina estatal.

Portanto, o Estado não seria obrigado a garantir esses direitos sociais, pois estes teriam conteúdo programático, futuro. Ou seja, quando o Estado estivesse em melhores condições econômicas, ele poderia ofertar uma maior quantidade de vagas em comparação com a situação anterior, pois, o Estado possui suas limitações em prol da coletividade.

Segundo Fernando Facury Scaff, na economia, a teoria da reserva do possível é chamada de “Limite do Orçamento”. Para o autor, a reserva do possível significa que:

“todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral” e ainda afirma que é “através do orçamento que serão estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que será possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais”. (SCAFF, 2010, p. 25, 26)

Ou seja, o autor diz que apesar de haver um direito abstrato positivado na Constituição Federal, tal garantia trata-se de uma promessa estatal que irá efetivar-se de acordo com o orçamento do ente responsável, tendo em vista diversos critérios estabelecidos previamente pelas autoridades, observando o grau de essencialidade do serviço e o custo deste.

Com isso, percebe-se a presença essencial do que rege atualmente o direito administrativo brasileiro, no que diz respeito ao princípio da soberania do público (coletividade), sobre o particular (indivíduo).

3 Os critérios para efetivação do direito à saúde no TJ-PI

Para explicitar o objetivo principal do presente trabalho, faz-se necessário a análise de algumas decisões emitidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, a fim de observar efetivamente quais os critérios (se existentes) utilizados pelos juristas do estado. Portanto, analisaremos as decisões que seguem:

3.1 Análise da decisão 1

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por MARIA ALICE DA ROCHA SOARES em face de ato do SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO PIAUÍ objetivando que seja fornecido o fármaco “CITRATO DE TOFACITINIBE 5 mg”, na forma prescrita pelo especialista médico que a acompanha.

Segue a ementa do julgado:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ TJ-PI - MANDADO DE SEGURANÇA: MS 201500010121633 PI 201500010121633 EMENTA CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADAS. FARMACO QUE NÃO CONSTA DA LISTA DO SUS DEVER DO ESTADO EM PRESTAR ASSISTÊNCIA INTEGRAL À SAÚDE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO ALTERNATIVO OFERTADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS

PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL INOPONÍVEL À GARANTIA DO MÍNIMO EXISTÊNCIAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (PIAUI, 2016, Online)

De início, já podemos perceber que o presente julgado descartou a necessidade de inclusão em lista prévia do medicamento requerido, em virtude de se tratar de moléstia grave, tratando tal inclusão como mera formalidade, que não deve obstaculizar o acesso ao direito à saúde.

Tal embasamento, vai de encontro ao explicitado no julgamento do STA 59/SC 2003/0232382-3, cujo relator, Ministro Edson Vidigal, (2004, online) explica:

“O fornecimento genérico e aleatório de medicação não aprovada pela comunidade especializada, a um sem-número de pessoas, em detrimento da listagem oficial confeccionada pelo órgão competente para tanto tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar o sistema de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública.”

Outro ponto da decisão que merece destaque é a “desnecessidade de comprovação de inexistência de tratamento alternativo fornecido pelo SUS”, o que implica dizer que o juiz não entende como suficiente a existência de um possível tratamento/medicamento básico para o paciente. Ou seja, o tratamento pleiteado, mesmo se tratando de algo complementar ou mais custoso ao Estado, deve ser fornecido.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, adotou o entendimento de que:

“Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (BRASIL, 2010, p. 22-23)

Por fim, outro ponto de importante destaque no julgamento analisado é o ponto destacado como “Princípio da Reserva do Possível é limitado pela defesa do Mínimo Existencial”, pois aqui verifica-se

claramente a intenção do magistrado em sobrepor o princípio relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana, em função do princípio que limita a atividade estatal.

Em relação a este último ponto, cabe ressaltar o entendimento já consolidado em súmula pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que afirma que o princípio da reserva do possível não poderá impedir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange os pleitos sobre saúde/ mínimo existencial. Senão vejamos:

Súmula nº 01

Os direitos fundamentais de caráter assistencial, como o fornecimento de remédios pelo Poder Público, compreendidos dentro dos direitos constitucionais mínimos, indispensáveis à promoção da existência digna às pessoas necessitadas, na forma da lei, prescindem de previsão orçamentária para terem eficácia jurídica. (PIAÚÍ, 2011, online)

Ou seja, é de se concluir dessa primeira decisão que o douto juiz manifestou a ideia de que a norma positivada em nossa Constituição e nas normas infraconstitucionais devem ser efetivadas sem maiores critérios, inclusive deixando de aplicar alguns parâmetros fixados, como a listagem do medicamento na lista do SUS, em favor do direito pleiteado.

3.2 Análise de decisão 2

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de tutela de urgência, impetrado por MARIA DE JESUS CARLOS através da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAÚÍ em face de ato do secretário (a) de saúde do Estado do Piauí.

O ato impugnado consiste na negativa do fornecimento do medicamento TEMODAL (TEMOZOLAMIDA, princípio ativo) à paciente impetrante.

A autora aduz em sua exordial que é portadora de tumor cerebral e glioblastoma multiforme (grau IV), conforme exames e laudos médicos, ocasionando grave comprometimento à sua saúde e qualidade de vida.

A decisão de 1º grau decidiu pela negativa da concessão do medicamento, em razão de que o medicamento Temodal não é disponibilizado pelo Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde, ou seja, não consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME do SUS. Em razão disso, a autora impetrou mandado de segurança, com pedido de tutela de urgência, impetrado em face de ato do Secretário (a) de Saúde do Estado do Piauí.

Segue a ementa do julgado:

DEFIRO O PEDIDO DE CONCESSÃO DA LIMINAR REQUERIDA, NO SENTIDO DE DETERMINAR QUE A AUTORIDADE COATORA FORNEÇA À IMPETRANTE O MEDICAMENTO TEMODAL (TEMOZOLAMIDA, PRINCÍPIO ATIVO) NAS MEDIDAS E DOSES IDEAIS, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA, NO PRAZO DE 48 (QUARENTA E OITO) HORAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA NO VALOR R\$ 1.000,00 (HUM MIL REAIS), BEM COMO A COMPROVAÇÃO DE ENTREGA DO MENCIONADO MEDICAMENTO À IMPETRANTE; II) DETERMINO A NOTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA, NOS TERMOS DO ART. 7º, I, DA LEI Nº 12.016/09, PARA QUE APRESENTE, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, AS INFORMAÇÕES QUE ACHAR NECESSÁRIAS, REMETENDO-SE-LHE A SEGUNDA VIA, TANTO DO MANDAMUS, COMO DA PRESENTE DECISÃO; III) DETERMINO, AINDA, QUE SEJA DADA CIÊNCIA DESSA DECISÃO À IMPETRANTE, POR MANDADO JUDICIAL, REMETENDO-LHE CÓPIA DA PRESENTE, ASSIM COMO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ ATRAVÉS DO OFICIAL DE JUSTIÇA, PARA O ENDEREÇO CONSTANTE NA EXORDIAL; E IV) POR FIM, DETERMINO QUE SEJA DA CIÊNCIA DO PRESENTE FEITO AO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA INTERESSADA, ENVIANDO-LHE CÓPIA DA INICIAL SEM DOCUMENTOS, PARA QUE, QUERENDO, INGRESSE NO FEITO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 7º, II; DA LEI Nº 12.016/09

(TJ-PI - MS: 00127491820168180000 PI 201600010127494, Relator: Des. Edvaldo Pereira de Moura, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/02/2017) (PIAUÍ, 2017, online)

Através do inteiro teor da decisão, pode-se perceber que o julgador do referido mandado de segurança entendeu haver plausibilidade nos argumentos e fundamentou no artigo 198 da Constituição Federal, que

afirma que todos temos direito à saúde e que a concretização desse direito cabe ao Estado.

Com isso, o julgador do caso conclui que o Estado deve agir positivamente para efetivar o direito positivado na Carta Magna de 1988, através das chamadas políticas públicas, que, como bem cita Eduardo Appio:

[...] podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade, tendo por escopo assegurar condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. (APPIO, 2005, p. 294)

Portanto, através do conceito supracitado, podemos perceber que a decisão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, levou em consideração que a concessão do medicamento para a requerente seria uma forma de concretizar uma vivência digna para a mesma, a fim de tornar efetiva a positivação do legislador brasileiro sobre o direito de todos à saúde.

Em continuidade da análise de sua decisão, atestou o *periculum in mora* do pedido da impetrante, de acordo com o parecer do Núcleo de Apoio Técnico Multidisciplinar - NATEM e o laudo médico acostados na exordial. Cabe aqui ressaltar que o *periculum in mora* é, literalmente, o perigo da mora, ou seja, o atraso na concessão do direito da impetrante poderia causar prejuízos imensuráveis e irreversíveis para a parte autora.

Ou seja, o julgador entendeu como suficientes o parecer do NATEM e o laudo médico para comprovar que, sem a concessão imediata do medicamento requerido pela autora, esta poderia sofrer graves danos, que seriam de inteira responsabilidade do Estado que negou seu direito garantido constitucionalmente.

Em face desses argumentos, deferiu o pedido de concessão de medicamento, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de 1 mil reais, com a devida comprovação de entrega deste à impetrante.

Portanto, podemos perceber como requisitos da presente sentença: o direito constitucionalmente previsto no artigo 198 da Constituição Federal,

bem como a juntada do laudo médico, atestando que a autora é portadora de tumor cerebral e glioblastoma multiforme (grau IV), tendo necessidade da utilização do medicamento TEMODAL e o parecer do NATEM, no qual consta a gravidade da doença e a necessidade do medicamento específico para o seu tratamento.

3.3 Análise de decisão 3

Trata-se de embargos de declaração opostos por Maria da Solidade Ferreira Pereira, contra decisão de indeferimento da inicial de mandado de segurança. A autora aduz em sua exordial que sofre de hipertensão arterial e que o medicamento pleiteado é imprescindível para sua saúde e qualidade de vida, visto que a doença que a acomete é um dos principais fatores de risco para a ocorrência de acidente vascular cerebral, enfarte agudo do miocárdio e doença arterial periférica, além de ser uma das causas de insuficiência renal crônica e insuficiência cardíaca, com possibilidade de morte.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DA INICIAL DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO MAGISTRADO Â- NATEM. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS POR AUSÊNCIA DE SUBSÍDIOS PARA APRESENTAÇÃO DE PARECER MÉDICO. INICIAL INSTRUÍDA APENAS COM PRESCRIÇÃO MÉDICA E COM PROVA DA RECUSA AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. INTIMAÇÃO DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE PROVA DO DIREITO ALEGADO. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO INDIVIDUAL MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. 1. Pretendendo a reforma de decisão individual do Relator, os aclaratórios devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade. 2. Se ao Poder Judiciário é constitucionalmente admitida a concessão de medicamentos, inexistindo, nestes casos, qualquer violação à discricionariedade administrativa na escolha das políticas públicas, por outro lado, não

menos verdade que essa atuação do Judiciário é medida excepcional, sempre condicionada à comprovação da imprescindibilidade do medicamento pleiteado à saúde ou à vida. 3. Para comprovar a imprescindibilidade do medicamento ao seu tratamento, a impetrante colacionou apenas a prescrição médica (receita), cujo teor nem sequer aponta qual doença lhe acomete. Não há provas (v. g. laudo médico, exame) da doença da impetrante nem do estágio em que ela se encontra, o que impede a análise da indispensabilidade do medicamento pleiteado e especificamente dessa medicação. Isso porque, havendo outro fármaco igualmente eficaz contemplado com programas públicos de distribuição gratuita, não se mostra razoável a concessão de medicamento específico, ao alvedrio da impetrante, do seu médico ou do Poder Judiciário. 4. É bem verdade que a jurisprudência não tem admitido o indeferimento de mandado de segurança por ausência de prova pré-constituída sem que seja oportunizado a emenda da inicial, mas, intimada sobre a carência probatória, a impetrante limitou-se a aludir à prescrição médica (receita), sem juntar a prova necessária à comprovação do direito líquido e certo alegado. 5. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e negado provimento ao recurso, mantendo a decisão individual de indeferimento da inicial e consequente denegação da segurança em todos os seus termos. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DA INICIAL DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO MAGISTRADO Â- NATEM. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS POR AUSÊNCIA DE SUBSÍDIOS PARA APRESENTAÇÃO DE PARECER MÉDICO. INICIAL INSTRUÍDA APENAS COM PRESCRIÇÃO MÉDICA E COM PROVA DA RECUSA AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. INTIMAÇÃO DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE PROVA DO DIREITO ALEGADO. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO INDIVIDUAL MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. 1. Pretendendo a reforma de decisão individual do Relator, os aclaratórios devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade. 2. Se ao Poder Judiciário é constitucionalmente admitida a concessão de medicamentos, inexistindo, nestes casos, qualquer violação à discricionariedade administrativa na escolha das políticas públicas, por outro lado, não menos verdade que essa atuação do Judiciário é medida excepcional, sempre condicionada à comprovação da imprescindibilidade do medicamento pleiteado à saúde ou à vida. 3. Para

comprovar a imprescindibilidade do medicamento ao seu tratamento, a impetrante colacionou apenas a prescrição médica (receita), cujo teor nem sequer aponta qual doença lhe acomete. Não há provas (v. g. laudo médico, exame) da doença da impetrante nem do estágio em que ela se encontra, o que impede a análise da indispensabilidade do medicamento pleiteado e especificamente dessa medicação. Isso porque, havendo outro fármaco igualmente eficaz contemplado com programas públicos de distribuição gratuita, não se mostra razoável a concessão de medicamento específico, ao alvedrio da impetrante, do seu médico ou do Poder Judiciário. 4. É bem verdade que a jurisprudência não tem admitido o indeferimento de mandado de segurança por ausência de prova pré-constituída sem que seja oportunizado a emenda da inicial, mas, intimada sobre a carência probatória, a impetrante limitou-se a aludir à prescrição médica (receita), sem juntar a prova necessária à comprovação do direito líquido e certo alegado. 5. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e negado provimento ao recurso, mantendo a decisão individual de indeferimento da inicial e consequente denegação da segurança em todos os seus termos. (TJPI | Mandado de Segurança Nº 2014.0001.004424-5 | Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes | Tribunal Pleno | Data de Julgamento: 09/10/2014) TJ-PI - MS: 201400010044245 PI 201400010044245, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 09/10/2014, Tribunal Pleno). (PIAUÍ, 2014, online)

Durante a decisão dos embargos declaratórios (recebidos como agravo regimental), a fundamentação é voltada para o reconhecimento da necessidade do Poder Judiciário efetivar o direito constitucional à saúde dos cidadãos, porém sendo esta exercida de forma discricionária e limitada à comprovação da imprescindibilidade do medicamento para a situação vivida pelo requerente.

Com isso, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, tendo como relator o Des. Erivan José da Silva Lopes, emanou entendimento de que no caso supracitado a autora colacionou apenas a prescrição médica (receita), cujo teor nem sequer aponta qual doença lhe acomete. Não há provas da doença da impetrante nem do estágio em que ela se encontra, o que impede a análise da indispensabilidade do medicamento pleiteado e especificamente dessa medicação.

Logo, os juristas entenderam por não disponibilizar o remédio pleiteado, visto que há a ausência de prova pré-constituída, requisito visto

como obrigatório para que o Estado exerça seu poder de efetivação de tal direito, mesmo porque, ao saber qual o medicamento e para que ele será utilizado no caso concreto, o Poder Judiciário teria como disponibilizar medicamento de mesmos efeitos e benefícios que fosse mais vantajoso para a administração e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo.

Sobre o assunto, cabe destacar o entendimento exposto na decisão do Recurso extraordinário 261268 RS, onde o STF assim explana: “O direito à saúde, como está assegurado no art. 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.” (BRASIL, 2001, online)

Analisando a citação supracitada, entende-se que o direito à saúde deve sempre prevalecer, até mesmo como forma de eficácia do princípio da igualdade, para que a dignidade e a vida das pessoas não sejam atingidas de forma a prejudicar alguma delas. Portanto, sem parâmetros para “reduzir ou dificultar o acesso a ele”, presume-se a procedência dos pleitos sobre saúde que requeiram a necessidade de determinando medicamento/leito, o que não ocorre na decisão trazida do TJ-PI.

Com isso, cabe a análise de que a falta de provas pré-constituídas no processo do Piauí, mesmo após de dado o prazo para a sua juntada, como por exemplo: do exame que indicaria a doença acometida pela paciente, bem como em que estágio ela se encontra e como o remédio pleiteado funcionaria para sua melhora, foi tido como parâmetro decisório do Tribunal para não dar procedência ao pedido inicial.

6 Considerações finais

De acordo com a análise acerca do tema Judicialização da Saúde e os requisitos que envolvem as decisões dos juizes do Tribunal de Justiça do Tribunal do Piauí, tem-se que, a partir do estudo baseado nos princípios que regem o atual ordenamento jurídico, bem como o entendimento predominante na jurisprudência, o direito à saúde é eminentemente prevalecido.

Através da análise dos princípios, percebe-se que o princípio limitador da reserva do possível do estado em nenhuma hipótese será impedimento para que haja o indeferimento do pleito sobre saúde, visto que cabe ao administrador estatal gerenciar os recursos financeiros de seu território, sendo de responsabilidade do juiz apenas garantir o direito trazido constitucionalmente, não gerando maiores obstáculos para seu deferimento, pois consiste em um direito que é precedente para os demais, visto que o deferimento do direito à saúde, é meio eficaz para garantir o próprio direito à vida.

Com isso, através da análise das três decisões explanadas, pode-se perceber que, mesmo aquelas que trazem como resultado o indeferimento do pleito, trouxeram requisitos básicos, de fácil acesso do autor, para que concedessem os pedidos, tais como: a comprovação da doença acometida pelo requerente através de laudo médico, bem como a necessidade do medicamento pleiteado, o perigo de sua falta para o estado de saúde do paciente e a negativa de fornecimento pela administração pública.

Tais requisitos tornaram-se padrões nas decisões analisadas, sendo notável a ausência da comprovação de listagem do medicamento pleiteado na ficha trazida pelo Sistema Único de Saúde, tamanha a busca pela facilidade de acesso ao direito pelos magistrados, que sabem que a atualização da lista não acompanha a realidade da sociedade.

Porém, cabe aqui também destacar que, apesar da concessão do direito advinda na sentença com uma grande facilidade promovida pelos magistrados, o efeito disso são vários cidadãos com mandados a seu favor, pleiteando seu cumprimento nos hospitais e nas administrações, sob pena de coerção para quem não o fizer.

Com isso, cabe a reflexão de que, apesar da inquestionável importância do direito à saúde, a quantidade hoje existente de pleitos a esse respeito, principalmente com a facilidade com que os pedidos são concedidos, só tende a crescer. Tornando-se assim, um problema cíclico, que deve ser analisado desde sua origem, com a negativa do fornecimento da medicação necessária pela administração, muitas vezes por falta deste.

Conclui-se então que, apesar de ser um instrumento de grande força, as sentenças sobre a saúde muitas vezes não são instrumento eficaz para solucionar o problema sofrido pelo requerente, visto que ela não basta por si só, cabendo a atuação de todos os ramos estatais para a amenização desse problema que assola todo o país, fazendo com que as decisões judiciais possam fazer seu papel na vida do cidadão de garantir direitos e não apenas retroceder para sua função de mera satisfação moral. Mesmo porque, tal eficácia é totalmente incompatível com o tema aqui narrado.

Referências

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAdede-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 591, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 jul.1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do591.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Ministério Público da Saúde. **Saúde Pública: Súmulas em Saúde**. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/pagina-1096.html>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais**. 1966.. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na suspensão da tutela antecipada: AgRg na STA 59 SC 2003/0232382-3. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Edison Vidigal. DJ: 25 out. 2004. Brasília, 28 fev. 2005. **JusBrasil**, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7233432/agravo-regimental-na-suspensao-de-tutela-antecipada-agrg-na-sta-59-sc-2003-0232382-3?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal de Justiça. Decisão: Vistos. Trata-se de agravo da decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 03 jun. 2016. **Jus**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000256278&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito fundamental à saúde**: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Belém, Pará, v. 5, n. 9, p. 136-145, nov. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61-62.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Judicialização da Saúde: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p.15.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

LABRA, M. E. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. In: LIMA, N. T. (Org.) **Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 55.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas Políticas Públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

PIAUÍ. **Diário Oficial do Estado do Piauí**. Lei Complementar nº 231, de 08.03.2018 Disponível em: <<http://www.diariooficial.pi.gov.br/diario.php?dia=20180309>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. Consulta à Jurisprudência. Acompanhamento Processual - Tribunal de Justiça do Piauí - 2ª Instância. **Jus**. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Nada mais atual do que o problema da vedação do retrocesso social**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 566.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-26.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2004. p. 49.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 833.

A violência sexual contra meninos e seus reflexos

*Maria Luiza Barbosa Sousa*¹

1. Introdução

A violência sexual é verificada quando uma pessoa é constringida, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com eles se pratique ato libidinoso. Essa espécie de violência data da antiguidade, onde segundo relatos históricos, infantes e adolescentes eram vítimas de diversos tipos de violência, inclusive, sexual.

Quando a violência sexual é direcionada a menores de 14 anos, é denominada estupro de vulnerável, conforme determina o artigo 217-A do Código Penal. A violência sexual vêm sendo um grande problema para a área jurídica brasileira, já que os números de denúncia continuam abaixo do esperado e, especialmente, em relação aos efeitos sociais que as vítimas acabam sofrendo.

Segundo nota divulgada pelo Ministério da Saúde, a violência sexual é todo ato ou jogo sexual com intenção de estimular sexualmente a vítima, visando utilizá-la para obter satisfação sexual. Esse tipo de violência pode ser intrafamiliar ou extrafamiliar, a primeira será quando já houver uma relação entre a vítima e o violentador, sendo este membro da família ou mero conhecido dos familiares. Já a extrafamiliar, ocorre quando não há nenhum tipo de relação entre a vítima e o abusador.

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho

O abuso sexual por contato físico, ocorre por meio de atos físicos-genitais que incluem carícias nos órgãos genitais, tentativas de relações sexuais, masturbação, sexo oral, penetração vaginal ou anal. Já o abuso sexual sem contato físico, é aquele que ocorre sem o contato direto entre a vítima e o autor do crime, pode ocorrer por meio de propostas de relações sexuais, conversas abertas sobre atividades sexuais destinadas a despertar o interesse da criança ou adolescente ou mostrar os órgãos sexuais para os infantes ou adolescentes, entre outras.

O legislador brasileiro tem se preocupado cada vez mais com o crime de estupro, e o Código Penal brasileiro sofreu grandes alterações em sua redação, com o advento do, já citado, artigo 217-A e a mudança da definição do crime de Estupro, no artigo 213.

Parte da doutrina acredita que um dos principais contribuidores para os casos de abuso sexual envolvendo tanto o sexo feminino como o masculino, é a cultura patriarcal brasileira, onde o poder é almejado por ambas as partes, seja o poder econômico, e até sexual.

Atualmente, há diversas práticas de violência sexual em face dos homossexuais, para “curá-los”, caracterizando assim o estupro corretivo. Os agressores acreditam que podem curar os homossexuais através da força, justificando suas ações no pensamento patriarcal e machista, onde é necessário “um homem de verdade” ou “uma mulher de verdade” para a pessoa não ser homossexual. Importante ressaltar, que a masculinidade vem se tornando cada vez mais objeto de estudo. Ademais, importante ressaltar os problemas do processo de acompanhamento da vítima ao longo do processo jurídico e a revitimização das crianças e adolescentes decorrentes desse processo.

É, portanto, com a intenção de analisar a influência da cultura patriarcal brasileira em casos de violência sexual envolvendo meninos entre 0 e 18 anos, que esse estudo será desenvolvido. Portanto, diante da importância desse tipo de crime, essa pesquisa irá analisar como a sociedade brasileira, e sua cultura patriarcal interferem na existência da violência sexual praticada contra os meninos, infantes ou adolescentes, e quais as

medidas utilizadas pelo Legislador Brasileiro para proteger as vítimas do abuso sexual.

2. Masculinidade

O passado da construção do modelo de masculinidade da sociedade é bastante importante, para entender o porque dos poucos relatos e da influência cultural em várias situações, entre elas o estupro de vulnerável de meninos e o estupro de adolescentes. O Brasil seguiu o pensamento dos países ocidentais que se preocupavam com as definições de gênero, de sexualidade e as relações de poder.

A sexualidade, muitas vezes vista como mero exercício da atividade sexual, compreende,

Como produto de diferentes cenários culturais e não apenas como derivado de um funcionamento biopsíquico dos sujeitos. A ênfase sobre cenários socioculturais alude à premissa de que, se há características distintas entre os homens e mulheres no tocante à vida sexual e na interface desta com a esfera reprodutiva, elas se devem a uma combinação de fenômenos que se processam nos corpos como efeito de processos complexos de socialização de gêneros. (HEILBORN, 2003, p.198)

Como visto, a sexualidade não se expressa da mesma forma em todas as épocas, ela acompanha o crescimento cultural, social e político da sociedade. Diante dessa informação sobre o valor social e cultural, Gagnon (2006) apresentou a diferenciação entre conduta sexual e comportamento sexual.

O primeiro está relacionado as práticas corporais desempenhadas por humanos e não humanos, como animais; já o segundo, diz respeito aos significados atribuídos a essas práticas por parte dos indivíduos e pelas culturas e sociedade às quais eles pertencem.

Grande parte dos autores entende que essa relação de poder está ligada a construção de gênero imposta pela sociedade ocidental, representada pelo padrão heterossexual masculino.

Esse heterossexual constitui a chamada heterossexualidade hegemônica, que é constituída por uma estrutura de poder das relações sexuais, e estas relações têm como finalidade excluir as variações de comportamento masculino que não venham a corresponder a um modelo imposto, o qual seja, heterossexual, másculo, viril, heterossexual, branca e de classe média.

O homem sempre foi ensinado inconscientemente acerca da representação social, conforme o estudioso Roger Chartier (1990, p. 20), que entende a representação social como um “instrumento de um conhecimento mediador que faz ver um objeto ausente através da substituição por uma imagem capaz de reconstituí-lo em memória e de figurá-lo como ele é”.

Ao observar os contextos históricos, observa-se, segundo Torrão Filho (2000, p.33), que desde a Grécia Antiga o abuso sexual de meninos era uma prática recorrente e comum, configurando uma demonstração de poder e reafirmação de virilidade. Na Roma antiga, conforme mesmo autor, os filhos eram entregues para os monges satisfazerem seu prazer, devido o discurso utilizado na época para essas práticas.

Com a Revolução Industrial a sociedade burguesa começa a questionar as atitudes modernas e culturais, e tenta compreender o que é gênero e o que é sexo. Diante disso, os estudos acerca da sexualidade e sua origem começam a ser conectadas a divisão social e com a dicotomia sexual, como bem explica Foucault (1985, p. 131):

O controle e a disciplinarização dos corpos se constituíram a força motriz indispensável ao desenvolvimento do capitalismo que, com base no natural, no biológico, na diferença sexual, tornou-se cada vez mais hegemônico. Por um lado, o modelo heteronormativo torna-se um dos pilares do complexo modo de produção capitalista e, por outro, os valores burgueses consolidam o modelo da família patriarcal no qual a mulher reprodutora e seus filhos representam um dos pilares que alimenta a reprodução capitalista sob a dominação masculina.

É esse movimento e contribuição que influenciará a elite brasileira no século XIX, onde o homem passaria a ser exaltado e a mulher continuaria

a seguir o pátrio poder e o modelo a ser seguido deveria ser o do hétero, branco e viril, conforme Miskolci (2012, p.42):

No Brasil, a preocupação coletiva com a sexualidade emergiria na intersecção dos discursos políticos, científicos e literários sobre a nação brasileira que seguiam objetivos como o de branqueamento/civilização de nosso povo por meio de práticas claramente discriminatórias ou formas sutis de rejeição, disciplinamento e controle das relações íntimas, particularmente as afetivas e sexuais, conformadas ao ideal reprodutivo (portanto heterossexual), branco, viril.

Na época da colonização os meninos que serviam de brinquedo para os patrões eram os filhos de escravos, e o filho do senhor deveria ser o clássico exemplo do homem viril, hétero e que deveria esconder os seus gostos, sejam eles quais fossem, para satisfazer os gostos dos pais e da sociedade.

Através da submissão do moleque, seu companheiro de brinquedos e expressivamente chamado de leva-pancadas, iniciou-se muitas vezes o menino branco no amor físico. Quase que do moleque leva-pancadas pode se dizer que desempenhou entre as grandes famílias escravocratas do Brasil as mesmas funções de paciente do senhor moço na organização patrícia do Império Romano [...] espécie de vítima, ao mesmo tempo que camarada de brinquedos, em que se exerciam os 'premiers élans génésiques' do filho família [...] a primeira direção tomada pelo impulso sexual da criança – sadismo, masoquismo, bestialidade ou fetichismo - depende em grande parte de oportunidade ou chance, isto é, de influências externa sociais. (FREYRE, 2002, p. 113).

Os padrões de masculino sempre foram construídos de acordo com o modelo empregado pela Europa, e a alta classe da sociedade sempre construiu a imagem perfeita do que o homem deveria gostar ou até mesmo dos lugares que deveriam frequentar ou das mulheres com quem deveriam se relacionar, visto que deveriam seguir os padrões estabelecidos da família, que passaram a ser construídos, principalmente a partir da estrutura de poder das relações sexuais,

[...] Afirma que a masculinidade hegemônica é constituída por uma estrutura de poder das relações sexuais. Tais relações de poder têm finalidade de excluir variações de comportamentos masculinos que não correspondam a um modelo a um modelo de masculinidade máscula, viril, heterossexual, branca e de classe média. (OLIVEIRA ,1998)

Como o Brasil foi colonizado por portugueses, a religião católica sempre exerceu influência sobre o comportamento da sociedade, o mesmo aconteceu em face das atividades sexuais.

Judith Butler (2003, p.8) entende que “Gênero passa a ser uma espécie de imitação persistente, que se passa como real”, o sexo passou a ser visto como um aparato para construção cultural da heterossexualidade.

Os valores vistos como essenciais, constituem o modelo burguês que passou a ser utilizado para definir o padrão masculino, constituído por comportamento viril – potência sexual, poder e posse- aliado à contenção das violentas expressões emocionais; aspectos visuais que denotem virilidade, como a força e a beleza corpórea do homem; e a imagem do trabalhador idealizada pela sociedade.

Essas imagens e interpretações do ser masculino deixam claro o tabu existente acerca desse tema e em decorrência disso, de temas ligados a aquele, como a prática de abuso sexual de crianças e adolescentes do sexo masculino.

3. Violência sexual de meninos: violência silenciosa

O estupro de vulnerável e o estupro estão previstos no Código Penal, nos artigos 217-A e 213, respectivamente, os quais visam proteger e assegurar a segurança de crianças e adolescentes, os quais encontram seus direitos respaldados no Estatuto da Criança e Adolescente e Constituição Federal. Mesmo diante de todos os projetos, como o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, os números continuam altíssimos e as denúncias continuam bem abaixo do esperado.

Conforme pesquisa realizada em 2019 pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública, há 536 casos por hora no Brasil e é proporcional ao número de mulheres que dizem ter sido vítima de algum tipo de violência sexual. O Código Penal aborda quatro tipos de violência sexual: o estupro, o atentado violento ao pudor e o assédio sexual, e o abuso sexual.

No Brasil há alguns anos atrás, era comum o pensamento de que somente as meninas eram vítimas deste tipo de violência, mas conforme os dados os estupros que chegam à rede de saúde, 70% vitimam crianças e adolescentes. Além disso, do número total de pessoas vitimadas, mais da metade possuía menos de 13 anos (CERQUEIRA E COELHO, 2014).

Ainda de acordo com os dados trabalhados por Cerqueira e Coelho (2014), entre as crianças estupradas, 81,2% eram meninas e 18,2% meninos. O estupro de meninos tem sido invisibilizado no debate público, apesar de ser consideravelmente recorrente.

Apesar da maioria dos casos envolver meninas e mulheres, estudos mostram que o índice de meninos e homens que sofrem esse tipo de violência se deve principalmente, pelo medo ou receio do que a sociedade venha a pensar sobre o assunto ou sobre as ações,

(...)identificaram diversas condições que poderiam levar a uma diminuição na comunicação ou denúncia do abuso. Entre as condições identificadas estão o medo da homossexualidade, respostas emocionais diferenciadas, atribuição da culpa ao menino, dificuldade em perceber indicadores de abuso pertinentes a meninos e negação do abuso, seja ele cometido por mulheres, pelo pai ou por outras crianças. (WATKINS E BENTOVIM, 1992a).

Os autores Watkins e Bentovim (1992) em seus estudos identificaram que meninos e adolescentes são vítimas constantes de seus pais e padrastos, em uma amostra com 189 meninos abusados (abuso extra e intrafamiliar), Reinhart (1987) verificou que 25% dos meninos foram abusados pelo pai, enquanto que em 13% dos casos, o perpetrador era o padrasto ou o companheiro da mãe.

Os maiores números dizem respeito aos homens, indicando que eles compõem geralmente o maior índice de autores do crime de estupro. No

entanto, Russel (1986, citada por Schetky, 1990) informou que há, em pequena quantidade, mulheres abusadoras, sendo responsáveis apenas por 5% dos casos de incesto e 4% dos casos de abuso extrafamiliar.

Reinhar (1987) observou, especificamente em abuso de meninos, que as mulheres eram responsáveis por 4% da vitimização dessas vítimas. Mas, o autor King (1992) entende que grande parte desse número não corresponde com a real verdade, visto que mesmo com o considerável aumento de denúncia, concluiu que grande parte dos abusos cometidos por mulheres e mães ainda não é denunciado com grande frequência.

Essa expressiva estatística acerca da falta de comunicação, diz respeito principalmente ao medo e a frustração da vítima, que é condicionada a uma situação de medo e de uma relação de poder e manipulação exercida pelo abusador. Os pesquisadores Watkins e Bentovim (1992) identificaram diversas condições que poderiam levar a uma diminuição na comunicação ou denúncia do abuso.

Entre as condições identificadas estão o medo da homossexualidade, respostas emocionais diferenciadas, atribuição da culpa ao menino, dificuldade em perceber indicadores de abuso pertinentes a meninos e negação do abuso, seja ele cometido por mulheres, pelo pai ou por outras crianças.

O contexto social é claramente importante e as consequências desse crime vão além das físicas, envolvendo também as sociais. Onde as vítimas são condicionadas a esconder o que aconteceu com medo do julgamento de valor que será feito por terceiros e pela sua própria família, o levando a suportar o peso da violência.

Essa violência psicológica e física, também foi referência para os estudos de Cyr (2014), que destaca as vítimas masculinas, como os maiores alvos de abuso sexual, racismo e, conseqüentemente, penetração anal. O citado autor demonstra preocupação com esse grande número e consciência de que as relações de sexo anal forçadas representam o entendimento acerca do abuso sexual contra meninos.

Mas a análise dessas consequências ainda é bastante precária, visto que a nossa sociedade patriarcal não está preparada para lidar ou conversar sobre as consequências, psicológicas e físicas sobre o grande número de casos de estupro de meninos. Como bem ressalta Tania Mara de Campos Almeida, Maria Aparecida Penso e Liana Fortuanto em seu artigo sobre abuso sexual infantil masculino,

Afinal, dentro do arcabouço de nossa cultura machista-patriarcal, recaem olhares e sentimentos aos meninos abusados que os impedem de retornar à condição de “homens”, restando-lhes o homossexualismo praticamente como um destino, ao mesmo tempo que prevalecem comandos socioafetivos às meninas de que teriam respondido à sua “natureza” precocemente, o que as levaria mais facilmente à prostituição ou à maior permissividade sexual. (ALMEIDA, PENSO, COSTA)

Além das consequências psíquicas e as físicas, o abuso marca a vítima socialmente, levando esta a condicionar sua situação sexual, determinando que a sua orientação sexual será ligada, para sempre, ao seu trauma.

Com isso, o número de denúncias diminui gradativamente, por medo da vítima em ser estigmatizada socialmente, devido um trauma que não foi sua culpa, mas sim por uma sociedade que o pré-determina socialmente a esconder uma violência.

Além de esperar uma resposta da sociedade, os meninos também evitam falar do assunto para esconder da figura feminina da sua vida, seja a genitora, avó ou irmã, a sua “masculinidade quebrada”, devido a vergonha e o receio da quebra da idealização masculina imposta pela sociedade. Mas segundo os autores Bandeira & Almeida (1999), essa omissão pode ser vista pelos membros da família da vítima como coparticipadores do crime.

O pesquisador Christian Haag Kristensen, em seu trabalho realizou uma pesquisa de campo acerca do tema e entrevistou várias famílias que tiveram situações de abuso. Analisou a descoberta por parte da vítima de que estava vivenciando uma situação de abuso, e constatou que,

O contexto do abuso é experienciado pelos meninos na forma de prejuízos nas múltiplas relações afetivo-cognitivo comportamentais que o menino estabelece com o mundo: prejuízos vivenciais (relação consigo mesmo) e prejuízos relacionais (relações com os outros). (KRISTENSEN, 1996, p.56)

Além disso, o pesquisador analisou o contexto da revelação e compreendeu que a revelação não foi escolha da vítima e sim, de terceiros que tomaram conhecimento das práticas abusivas, ou que viram algo suspeito, como sangramento anal e logo associaram a prática de algum tipo de violência.

Os meninos possuíam constante medo, estavam nervosos ao serem confrontados por seus familiares, com receio dos pensamentos destes, revelando por seguinte que possuíam medo de serem chamados de fracos, de “bicha”, e de ter sua sexualidade questionada.

Todos esses estudos e dados, demonstram que a sociedade ainda não consegue lidar de maneira correta com as vítimas de violência sexual, e dentre as dificuldades para lidar com o assunto, ainda há a falta de políticas públicas do Estado brasileiro.

Importante ressaltar que ambientes de exame pericial onde não há reconhecimento da violência por parte dos profissionais que estão atendendo crianças e adolescentes, e a falta de preparo por parte dos profissionais, no que diz respeito a capacitações, orientações para a realização de exames periciais e falta de locais adequados para realização de tal exame, conforme entendimento de Santos e Dell’Aglío (2010).

Além disso, toda a rede de suporte da vítima, como o Conselho Tutelar, o Juizado especial para esses casos, é cercada de tabus e de resistência ao assunto, dando origem, assim, a um processo de revitimização das vítimas, que são constantemente lembradas do abuso e de seus efeitos, e podem promover a exposição dessas crianças a novas formas de violência, já que, em muitas intervenções não são adotadas escutas qualificadas. Conforme o citado Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, foram criados eixos para orientar acerca da violência sexual, entre eles há o eixo da atenção, que possui como

objetivo, garantir um atendimento especializado para a vítima e sua família.

Considerações finais

Este trabalho pretendeu demonstrar que a construção masculina brasileira ao longo tempo é uma das responsáveis diretas pelo índice de relatos dos abusos sexuais sofridos pelos meninos, infantes e adolescentes.

Primeiramente, foi necessário analisar de maneira mais aprofundada o que é a masculinidade, como se dá a sua construção social e como esta pode interferir na iniciação da vida sexual do infante e adolescente, e pode prejudicar suas relações sociais, levando assim a aceitar um modelo construído no século XIX. O modelo de masculinidade vem sendo questionado, como demonstrado, em recentes estudos, colocando assim em xeque a construção social patriarcal e extremamente violenta.

Os meninos são colocados constantemente em teste, desde os mais violentos até os mais desumanos, para mostrarem para seus familiares e terceiros que o modelo imposto está sendo seguido.

Depois, foi preciso mostrar quais as medias legislativas o Estado brasileiro apresentou, seja através da tipificação dos crimes do Estupro de Vulnerável e de Estupro, ou através do acolhimento da dignidade sexual como direito fundamental na Constituição Federal.

O foco maior desse capítulo foi mostrar que o estupro de vulnerável é um crime recente e que ainda é bastante questionado, seja pela sociedade ou pelo próprios operadores do direito. Importante ressaltar, que o legislativo e o judiciário não entraram em consenso a respeito de outras práticas, consideradas pela doutrina, como violência sexual.

Além de explicar o que venha a ser o Estupro de vulnerável, foi necessário abordar a função social e jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista a importância dos conceitos de infante e adolescente, e das medidas protetivas implementadas pelo Estado brasileiro.

Também, foi importante para o trabalho, entender o que é o abuso sexual e o que é a violência sexual, e como as vítimas masculinas ainda são rechaçadas por uma sociedade patriarcal, que não consegue compreender que a virilidade não está necessariamente ligada ao pedido de socorro da vítima.

Além disso, foi necessário mostrar dados que comprovam que o número de denúncias e notificações ainda é pequeno, visto que há medo por parte da vítima .

Importante ressaltar, que foi feito a diferenciação entre abuso sexual e pedofilia, visto que parte da sociedade não possui informações suficientes para fazer essa diferenciação, e entender que o abuso não será, necessariamente, realizado por um pedófilo.

A partir das pesquisas realizadas, chegou ao entendimento que a legislação brasileira, tenta punir o abusador, através da tipificação de crimes como o Estupro de Vulnerável e do Estupro, mas mesmo assim o Estado ainda não se encontra preparado para tratar o assunto de maneira mais social, ou seja não pretende analisar a origem do contexto da construção da masculinidade.

O Estado deve entender que as políticas de ajuda devem ser voltadas para um estudo de construção de gênero, visando ao final mostrar as vítimas e aos seus parentes, que é possível o infante ou adolescente se sentir confortável em contar para a família ou autoridade, que foi vítima de violência sexual, e assim não ser julgado pela suposta, perda de virilidade ou de poder masculino, tão exaltado por esta sociedade brasileira.

Diante disso, concluo que a análise da construção da masculinidade e da identidade de gênero é importante para compreender os índices de violência sexual praticado contra meninos, infantes e adolescentes.

Referências

- ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; PENSO, Maria Aparecida; COSTA, Liana Fortunato.
Abuso sexual infantil masculino: o gênero configura o sofrimento eo destino?
Abuso sexual infantil masculino:¿ el género configura el sufrimiento y el

destino. Estilos clin, p. 46-67. Disponível em : < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-71282009000100004 > Acesso em 02 mai. 2019.

CAETANO, Marcio; JUNIOR, Paulo Melgaço da Silva. **De guri a cabra macho.** Rio de Janeiro. Lamparina. 2018.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar).** 2014. Disponível em : <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780> > Acesso em 03 mai. 2019.

CFP. **Serviço de Proteção Social a Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência, Abuso e Exploração Sexual e suas Famílias : Referências para atuação do psicólogo.** Conselho Federal de Psicologia.Brasília:2009. Disponível em:<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2009/10/CREPOP_Servico_Exploracao_Sexual.pdf >. Acesso em 14 nov. 2018.

DE MARCH, Kety Carla. **Corpos subjugados: estupro como problemática histórica.** Oficina do Historiador, v. 10, n. 1, p. 97-116. Disponível em : < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/oficinadohistoriador/article/view/26768/15676>>. Acesso em 03 mai.2019.

ENGEL, Cíntia Liara. **As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil.** 2017. Disponível em : < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8088/1/td_2339.PDF > Acesso em 02 mai. 2019.

HOHENDORFF, Jean Von; SANTOS, Samara Silva dos; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **Estudo de caso sobre a revelação da violência sexual contra meninos.Contextos Clínic,** São Leopoldo , v. 8,n. 1,p. 46-54,jun. 2015 . Disponível em:<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822015000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 nov. 2018.

HOHENDORFF, Jean Von; HABIGZANG, Luísa Fernanda; KOLLER, Sílvia Helena. **Violência sexual contra meninos: teoria e intervenção.** Curitiba: Juruá, 2014.

KRISTENSEN, Christian Haag. **Abuso sexual em meninos.** 1996. Disponível em : < <https://docplayer.com.br/23873767-Abuso-sexual-em-meninos.html> > Acesso em 03 mai. 2019.

KRISTENSEN, Christian Haag; FLORES, Renato Zamora; GOMES, William Barbosa. Revelar ou não revelar: uma abordagem fenomenológica do abuso sexual em **meninos**. Bruns MA de T, Holanda AF, organizadores. Psicologia e pesquisa fenomenológica: reflexões e perspectivas. São Paulo: Ômega, p. 109-142, 2001. Disponível em : < <https://docplayer.com.br/66450569-Revelar-ou-nao-revelar-uma-abordagem-fenomenologica-do-abuso-sexual-em-meninos.html> > Acesso em 03 mai. 2019.

NOLASCO, Sócrates **Desconstrução do Masculino**. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

PINTO JUNIOR, Antonio AUGUSTO. **Violência Sexual doméstica contra meninos: um estudo fenomenológico**. São Paulo: Vetor, 2005.

SAID, Amanda Pinheiro; JUNIOR, Áderson Luiz Costa. **Polivitimização de meninos vitimizados sexualmente: uma análise documental a partir de fichas de notificação**. Contextos Clínicos, v. 11, n. 1, p. 26-36, 2018. Disponível em : < <http://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/articulo/view/ctc.2018.111.03/0> >. Acesso em 03 mai. 2019.

Estigmatização dos homossexuais masculinos e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5543)

Maria Mirian Moreira Pinheiro

1. Introdução

Por volta de 1980 começaram a surgir no Brasil os primeiros casos de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), tendo os homossexuais classificados como do grupo de risco e inaptos para doarem sangue.

Esse conceito de grupo de risco é retrógrado e permeado de preconceito, portanto, sendo substituído pelo de comportamento de risco. Pois, não é a opção sexual ou a condição de saúde que vai definir a probabilidade de ser infectado, no entanto, é o seu comportamento, em que se leva em consideração o número de parceiros sexuais que se tem e o estado ou não de infecção deles.

O nosso ordenamento jurídico vigente tinha no seu corpo normativo duas normas que proibem a doação de sangue realizada pelos homossexuais masculinos. A Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Resolução da Diretoria Colegiada RDC N° 34, DE 11 DE JUNHO DE 2014 ANVISA que foram declaradas inconstitucionais pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543.

Salienta-se que a partir desse estudo, seja demonstrado: O que levou o legislador brasileiro a criar essas vedações e a importância do julgamento da ação.

2. A estigmatização dos homossexuais na sociedade

Estigma é caracterizado como uma qualidade negativa que acaba tornando um indivíduo ou um grupo diferente e por ser assim acaba sofrendo preconceito. Isso ocorre devido ao fato de se catalogar tudo, inclusive os seres humanos, de se criar conceitos do que é tido como normal ou não dentro de uma sociedade, conforme Goffman:

A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias: Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com "outras pessoas" previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua "identidade social" - para usar um termo melhor do que "status social", já que nele se incluem atributos como "honestidade", da mesma forma que atributos estruturais, como "ocupação". Baseando-nos nessas pré-concepções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso. (GOFFMAN, 1963, p.5).

Portanto, cabe à sociedade construir os seus padrões sociais de normalidade estabelecendo os meios de categorizar, classificando as pessoas e definindo os atributos considerados comuns e naturais para os seus membros.

A homossexualidade perpassou por várias fases ao modo em que a sociedade se desenvolvia e empunhava seu novo estilo de vida na passagem de cada século. Ao observar os registros culturais antigos da Mesopotâmia, Egito e Grécia Antiga, percebemos que a homossexualidade era retratada em pinturas e escrita como algo inerente a sua sexualidade.

A Grécia ficou conhecida historicamente como a civilização mais adepta e receptiva às práticas homoeróticas, os gregos, inclusive, consideravam-na meio para transmissão de conhecimento entre adolescentes e homens mais velhos, ao passo em que as relações heterossexuais destinavam-se a procriação (SILVA JÚNIOR, 2011).

Com a institucionalização da família passando a ser o berço da sociedade e a responsável pela criação e educação das pessoas, a homossexualidade passou a contrariar os valores da época, por não se adequar mais ao conceito de família definida pela Igreja Católica, passou a ser estigmatizada, excomungada, e começou a ser associada com o mal, com o pecado conforme Foucault:

O valor do próprio ato sexual: o cristianismo o teria associado ao mal, ao pecado, à queda, à morte, ao passo que a Antiguidade o teria dotado de significações positivas. A delimitação do parceiro legítimo: o cristianismo, diferentemente do que se passava nas sociedades gregas ou romanas, só o teria aceito no casamento monogâmico e, no interior dessa conjugalidade, lhe teria imposto o princípio de uma finalidade exclusivamente procriadora. A desqualificação das relações entre indivíduos do mesmo sexo: o cristianismo as teria excluído rigorosamente, ao passo que a Grécia as teria exaltado — e Roma, aceito — pelo menos entre homens. (FOUCAULT, 1984, p.17).

Com isso, a Igreja Católica passou a demonizá-la no período da Inquisição, muitos homossexuais foram condenados à fogueira e submetidos a vários outros tipos de violência. A influência religiosa além de incentivar a propagação do preconceito, foi utilizada ao decorrer da história como escopo para legitimar discriminação quanto aos homossexuais, chegando até a tipificar o crime de sodomia (prática sexual entre pessoas do mesmo sexo).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) somente a partir de 1992 propôs que a homossexualidade não mais fosse considerada como doença, sendo retirada do CID-10 (Classificação dos transtornos mentais e do comportamento).

O Conselho Federal de psicologia no Brasil editou a Resolução 001/1999, consoante à atuação do psicólogo com relação à orientação sexual das pessoas, a saber:

Art. 2º – Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e

estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º – Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único – Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º – Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica. (Resolução 001/1999 a).

Portanto, esse texto normativo proíbe que os psicólogos trate a homossexualidade como patologia e como não é uma doença não estar passível de cura¹.

O afastamento entre Estado e Religião cumulada ao surgimento de novas estruturas de convivência, juntamente com a valorização do afeto e da pessoa humana, foram os combustíveis essenciais para uma maior aceitação do definido como diferente. Então, começaram a criar leis e órgãos protetivos de direitos.

Com a constatação na década de 80 dos primeiros casos de vírus do HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana), causador da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) manifestando em adultos masculinos e homossexuais nos Estados Unidos, com casos também na África Central e Haiti.

Posteriormente, os meios de comunicação norte-americana, começaram difundindo sua denominação como doença de GRID – Gays-Related Imunodeficiência, (Imunodeficiência Relacionada aos Gays), por acreditar que a moléstia seria uma disfunção que afetava principalmente os homens homossexuais, conforme trecho de uma matéria publicada pelo The New York Times, em 11 de maio de 1982, cujo título era New Homosexual

¹ Apesar de não ser mais considerada doença pela OMS, portanto, não é passível de cura. No entanto, no dia 15 de Setembro do ano de 2017 o juiz federal da 14ª Vara do Distrito Federal Waldemar Cláudio de Carvalho concedeu liminar que abre brecha para que psicólogos ofereçam a terapia de reversão sexual, conhecida como 'cura gay', tratamento proibido pelo Conselho Federal de Psicologia desde 1999.

Disorder Worries Health Officials (Novo Distúrbio Homossexual Preocupa Oficiais de Saúde):

Um sério distúrbio do sistema imunológico conhecido pelos médicos a menos de um ano – um distúrbio que parece afetar os homossexuais, principalmente do sexo masculino – já atingiu ao menos 335 pessoas, dentre as quais 136 já morreram, segundo oficiais do Centers for Disease Control, em Atlanta. Autoridades federais da saúde estão preocupadas com a possibilidade de dezenas de milhares de outros homens homossexuais poderem portar o distúrbio silenciosamente e estarem, portanto, vulneráveis a potenciais doenças graves. [...] A causa do distúrbio é desconhecida. Pesquisadores chamam-no de D.I.A - *Doença da Imunodeficiência Adquirida, ou I.G - Imunodeficiência Gay*

Seguindo a mesma linha o Centers for Disease Control and Prevention – CDC, instituição norte-americana responsável pela prevenção e controle de doenças contagiosas, denominou de 4-H Disease (Doença dos 4 H's), ante sua incidência observada em homossexuais, usuários de heroína, hemofílicos e haitianos.

No Brasil, em dois de maio 1985, o Ministro da Saúde do Brasil publicou a portaria Nº 236, criando o primeiro programa federal de controle da AIDS, que trazia conceitos como “grupos de risco” para a doença, incluindo em tal grupo os HSH, usuários de drogas injetáveis e hemofílicos, pois eles estariam mais propensos a terem contato com o vírus e conseqüentemente virarem portadores caso houvesse algum contágio com sangue contaminado ou a prática de sexo sem as devidas proteções.

O fato de ser homossexual por si só já causa discriminação na sociedade, são rotulados, violentados e muitas vezes excluídos do convívio social por ter uma orientação sexual diferente, neste pensamento (NUNAN 2003):

Os homossexuais são frequentemente taxados de anormais, imorais, pecadores, marginais, pedófilos, promíscuos, doentes, efeminados, complicados e pouco confiáveis. A AIDS é considerada uma “doença gay”, e é comum ouvir dizer que a epidemia “veio para punir esses pervertidos”. Assim, são justamente estas características, impressionantes e inquantificáveis, que definem a

maioria dos estereótipos contra os homossexuais, e após a ativação do estereótipo, o indivíduo preconceituoso com frequência sente repugnância, desconforto e confusão. (NUNAN, 2003, p. 79-80).

Para Goffman os estigmas são socialmente construídos. As características que são estigmatizadas em uma determinada sociedade podem não o ser em outra.

O nosso ordenamento jurídico continha ainda no seu corpo normativo duas normas que proibiam a doação de sangue realizada pelos homossexuais masculinos. Estavam previstas em dois dispositivos diferentes de lei, a saber: Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Resolução da Diretoria Colegiada RDC N° 34, DE 11 DE JUNHO DE 2014 ANVISA. Na busca por direitos iguais entre homossexuais e heterossexuais o Partido Socialista Brasileiro (PSB) no ano de 2016 propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543 por restringir a doação de sangue por homossexuais masculinos.²

3 Leis que vedavam a doação de sangue dos homossexuais do sexo masculino

A Portaria n° 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada RDC N° 34, DE 11 DE JUNHO DE 2014 ANVISA são atos normativos; dotados de autonomia jurídica, generalidade, impessoalidade e abstração, não sendo atos meramente regulamentadores. Portanto, devem estar em conformidade com os princípios constitucionais que norteiam a sua elaboração, estando, inclusive, sujeitos a controle de constitucionalidade.

A Portaria n° 158/2016 do Ministério da Saúde no seu artigo 64, IV:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

² Ressalta-se que não apenas os homossexuais do sexo masculino sofrem essa restrição normativa. Na prática os transexuais e travestir também sofrem. Porém como a lei retrata apenas o primeiro será analisado a norma no seu sentido literal.

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; (MINISTERIO DA SAÚDE, 2016, p. *online*).

Resolução da Diretoria Colegiada RDC N° 34, DE 11 DE JUNHO DE 2014 ANVISA:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

(ANVISA, 2014, p.*online*).

No ato da criação dessas duas leis percebe-se a conduta discriminatória do legislador com relação aos homossexuais masculinos. Tendo em vista, que foi levado em consideração somente a sua opção sexual e sem nenhum respaldo científico de que seus sangues estão ou não infectados pelo vírus do HIV.

Salvaguarda o direito do homossexual a ter seu sangue coletado e, de fato, utilizado em futuras transfusões de sangue, em virtude, da concepção formal de igualdade. De modo conseqüente, defende-se a doação de sangue por homossexuais do sexo masculino por serem iguais a todos perante a lei e por não existir justificativa plausível para a vedação de tal doação. Automaticamente, pouco deveria importar a questão da sexualidade que por si só não constitui argumentação e justificação fundamentada para a proibição.

Essas vedações eram descabidas, pois temos dois tipos de testes para identificar o HIV no organismo: o teste rápido para HIV e a sorologia tradicional. Com isso, cai o conceito de grupo de risco e surge o do comportamento de risco, mesmo que seja indagada a questão da janela

imunológica, eles não podem sofrer tamanha discriminação, já que isso poderia acontecer com qualquer outra pessoa, seja ela homossexual ou heterossexual, o que vai na verdade definir a possibilidade de se esta ou não contaminado é a quantidade de parceiros sexuais e se eles estão também contaminados.

4 Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5543)

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concluíram a votação na data oito de maio do ano de 2020 o julgamento pela inconstitucionalidade das normas que proibiam a doação de sangue realizada por homossexuais do sexo masculino. O julgamento aconteceu em meio virtual e a decisão foi por maioria de votos, em placar que terminou 7 a 4, conduzido pelo voto do relator, ministro Edson Fachin.

Para Fachin, as normas da ANVISA e do Ministério da Saúde estabelecem discriminação injustificável e ofende a dignidade humana e sim, ele votou:

Ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento) e impedem as pessoas por ela abrangida de serem como são (art. 1º, III, CRFB); vituperam os direitos da personalidade à luz da Constituição da República; aviltam, ainda que de forma desintencional, o direito fundamental à igualdade ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos (art. 5º, caput, CRFB); fazem a República Federativa do Brasil derribar o que ela deveria construir – uma sociedade livre e solidária – art. 3º, I, CRFB; induzem o Estado a empatar o que deveria promover – o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB); afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza materialmente constitucional. (Fachin, 2020, p.39 e 40).

Consoante, foi então reconhecido o direito dos homossexuais do sexo masculino a doação de sangue e que tais proibições eram provenientes de conceitos arcaicos permeados de estigmas sociais que feriam os princípios constitucionais, em razão disso, as normas da ANVISA e do Ministério da Saúde foram declaradas inconstitucionais.

Destarte, é salutar ressaltar os ensinamentos de Ragazzi e Garcia (2011, p. 183), afirmar que —ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade a livre orientação sexual. Que todos têm a liberdade e o direito de amar e viver, independentemente de cor, raça e sexo.

E com esse julgamento o Supremo Tribunal Federal (STF) deu um importante passo em busca da igualdade princípio esse consagrado na Constituição Federal. Ademais, em seu artigo 3º inciso IV da nossa Constituição: —Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2018, p. *online*).

Pois, quando a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação, isso também é estendido para o cenário jurídico ou administrativo do Estado como um todo. Ou seja, qualquer fator que possua a sexualidade como determinante para discriminação torna-se ilegal e inadmissível, devendo inclusive ser coibido pelo Estado (RIGAZZI; GARCIA, 2011).

O papel do legislador é respeitar o direito a diversidade sexual e proteger os homossexuais de condutas discriminatórias e não restringi-los. Não somente a liberdade de revelar ou não sua orientação sexual é garantida aos homossexuais, como também a liberdade de se relacionar afetivamente e sexualmente com quem quer que seja independente do sexo, (obviamente, desde que presente o mútuo consentimento entre as partes). (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Conclusão

Por conseguinte, em virtudes dos fatos aqui elucidados, percebe-se que os homossexuais masculinos eram proibidos de doar sangue em decorrência de sua orientação sexual e não em razão de seu comportamento concreto e individualizado.

O fato de se declarar homossexual por si só já gerava impedimento para doação de sangue, acarretando assim, uma conduta discriminatória por parte do legislador ao normatizar essas vedações e tratamento diferenciado e injustificado, causando constrangimento e os diminuindo perante a sociedade como seres de direitos. Bem como violando a própria Constituição Federal o que é inadmissível.

Ao julgar procedente a ADI 5543 o STF mostra que o sangue de todos merece tratamento igualitário, pois, como é sabido, não existe diferença entre o sangue de um homossexual e um heterossexual. Entretanto, um estava salvando vidas, enquanto, o outro era proibido, conseqüentemente por um longo processo de estigmatização ao longo da história.

A Corte aduziu com essa decisão para o fato de que o conceito de grupo de risco é ultrapassado, visto que, excluía do sistema de doação de sangue milhões de litros e também veio para garantir que os direitos fundamentais devem ser sempre assegurados, não dando espaço para discriminação e preconceito, afinal, vivemos em uma sociedade livre e igualitária.

Referências

ANVISA. RDC N° 34, de 11 de junho de 2014. **Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue.**

ALTMAN, Lawrence. K. New homosexual disorder worries health officials. NY. The New York Times. Maio de 1982. (Tradução e grifo nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 19abr.2020a.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016. **Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos**.

FOUCAULT, M. (1984). **História da sexualidade 2, o uso dos prazeres** (M. T. Albuquerque, Trad., 8ª ed., Vol. 2, p.17e 18). Rio de Janeiro: Edições Graal.

FACHIN, Edson. Acesso em 19 de maio de 2020, disponível em **Supremo Tribunal Federal**:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBiblioteca/PastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>

JONES, Ernest. **Vida e obra de Sigmund Freud**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

NUNAN, A. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. Rio de Janeiro: Caravansai, 2003.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In DIAS, Maria Berenice (coordenadora). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.177-191.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In DIAS, Maria Berenice (coordenadora). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.97-109.

RESOLUÇÃO CFP N° 001/99 DE 22 DE MARÇO DE 1999.

Representação feminina na política: desafios sociais e das instituições democráticas

Mariana Pereira Soares

1. Introdução

A estrutura político-brasileira, apesar de dita democrática, é moldada por um cenário de disparidade de gênero dentro de um contexto de poder político representativo, uma vez que é um espaço de dominação masculina, mesmo com prevista abertura para participação de mulheres na política. Muitas são as barreiras que distanciam a democracia brasileira de conquistar sua plenitude, a manutenção do machismo estrutural é uma delas.

O espaço político foi manobrado por homens durante séculos, e continua sendo, como projeto de permanência dessa estrutura de poder exercida com propósitos patriarcais, e de submissão feminina, reproduzindo tantas violências. Reprimida e silenciada, a mulher teve sua voz e lugar de fala limitado por homens de diversas e violentas maneiras, desde a proibição até a ridicularização de suas opiniões, pondo em xeque, até mesmo, sua capacidade intelectual frente ao discurso.

A política, por ser um local de poder mais contundente e de maior possibilidade de transformação social, foi negada às mulheres de forma mais incisiva. E no que se refere ao autoritarismo do discurso, tal faculdade somente era válida aos homens. É possível identificar, ainda na atualidade, homens, que através da fala seja por repetição ou mesmo da apropriação

da fala da mulher, procuram dar validade ao discurso feminino, transportando-o para uma boca masculina. Do mesmo modo, não é incomum que outros homens compreendam isso como uma real validação.

É diante desse cenário histórico de afastamento da mulher do campo político, mesmo após certo aparato do Estado para que se concretizasse essa real participação, que se torna ainda mais intrigante o pouco avanço na representação feminina na política. Foi visando responder a esses questionamentos e observações que se deu esta pesquisa, onde foi desenvolvida uma forma de análise dessa conjuntura feminina no espaço político, com a observância de estudos da literatura, doutrina e legislação eleitoral, bem como posicionamentos jurisprudenciais de enfrentamento aos obstáculos de uma política patriarcal estruturante que impede a mulher de ascender politicamente.

2. O poder do discurso: vozes femininas silenciadas

Ao poder se apropriar de seu próprio discurso, o fato de a mulher estar em espaço que possa ser ouvida já é incomodo por si só para uma mente misógina. Segundo Marcia Tiburi (2018, p.57): “Ora, a problematização da escuta por si só já perturba a hegemonia da fala, que sempre foi dominada pelos sujeitos autoritários. [...] A ‘fala’ é autorizada por um ‘falo’ que sempre esteve em posse dos homens brancos, que dominaram os discursos e a produção da verdade”. Isso porque uma mudança na configuração de um sistema hegemonicamente patriarcal, como quem dá tom ao discurso, é uma ameaça ao mesmo.

Mary Beard (2018) alerta sobre a reprodução social de que homens possuem linguagens diferentes das mulheres, quando em verdade nos foi ensinado sobre reconhecimento de autoridade discursiva, atribuindo aos homens o poder do discurso dominante, válido e racionalizado.

Tal entendimento deve ser considerado não apenas no que se refere à construção do discurso de linguagem, mas também no reconhecimento de uma estruturação patriarcal baseada nesse poder de fala. As barreiras

das mulheres vão desde sentir que ali pode ser sim seu local de fala, até empoderar-se tanto para proferi-lo quanto para se fazer ouvir.

Posta em questionamento a todo momento a legitimidade de fala e ainda subestimando a tanto a capacidade de se expressão como o conteúdo de sua fala, a mulher sofre duras penas por utilizar-se desse instrumento de poder que é o discurso. A misoginia, em suas diversas formas de expressão, pode resultar em atos de agressão contra mulher estendendo-se desde de ofensas pessoais e morais até a contestação da legitimidade do discurso.

Os passos das organizações de mulheres não foram poucos nem curtos na caminhada pela garantia dos seus direitos políticos nas mais variadas áreas. Entendiam que caso não ocupassem todos os espaços e não tivessem representação de fato na política pouco conseguiriam. Suas vozes e demandas não seriam devidamente consideradas sem que estivessem presentes, com real poder político de decisão. Foram várias as bandeiras levantadas, e uma das mais importantes e significativas foi a do voto feminino, com posterior participação da mulher na composição de candidaturas políticas.

3. Sub-representação de mulheres na política e ações afirmativas

Anos se passaram e com a democratização do país, a inquietação das mulheres com a sub-representação feminina na política desencadeou fortes debates sobre a necessidade de políticas públicas de ações afirmativas que abarcasse essa demanda, a fim de modificar o quadro.

No contexto de constitucionalização da igualdade de gênero, não tardou para que surgissem projetos de lei referentes a participação feminina na política. O primeiro aprovado, foi contemplado pela Lei 9.100 de 1995, no seu art. 11º, §3º: “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”.

Essa legislação valeu para as eleições municipais de 1996. No ano seguinte, foi criada a Lei nº 9.504 regulamentando normas gerais eleitorais,

e que ficou conhecida como Lei das Eleições. O dispositivo fazia nova menção à cotas de gênero em seu art 10º, §3º: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.”.

Ao adotar a palavra “reservar”, a lei não estabeleceu a obrigatoriedade dos partidos políticos preencherem as vagas, efetivamente, com a cota mínima de mulheres. Dessa forma, nenhuma sanção foi prevista pelo não preenchimento das cotas. A fim de aperfeiçoar o sistema de cotas e permitir a efetiva inserção de mulheres no meio político, em 2009, sobreveio a Lei nº 12.034. Esse dispositivo legal alterou a Lei nº 9.504/97, com a seguinte previsão: Art. 10. (...)§3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Conforme se observa, a nova lei empregou o termo “preencherá” ao invés da expressão “deverá reservar” vagas, passando a adotar a interpretação de que o preenchimento das vagas é obrigatório. Mesmo após a adoção das medidas mencionadas, a representação feminina no Legislativo ainda permanece muito baixa. Entre outras questões que podem ser apontadas para justificar esse problema, podemos destacar a dificuldade de obtenção de financiamento de campanha para as candidatas mulheres – seja por financiamento privado, seja por direcionamento de verbas pelo próprio partido – e o aproveitamento do tempo de propaganda eleitoral gratuita, que é distribuído pelo partido entre seus candidatos segundo critérios próprios. Desse modo, as candidaturas femininas são absolutamente invisibilizadas, de forma que o eleitorado não chega sequer a conhecer as mulheres que concorrem no pleito eleitoral. (SANTOS, 2018, p.23)

A alteração da Lei da Eleições em 2009, através da formulação de nova lei a de nº 12.034, trouxe a obrigatoriedade do preenchimento dessas vagas nas candidaturas políticas nos partidos. Apesar disso, o resultado na efetiva representação política feminina não foi imediato, não modificando tanto o número de mulheres eleitas.

O Brasil – empatado com o Paraguai – possui a pior representação feminina no parlamento, entre todos os países da América do Sul, apesar de ser a maior

economia da região. Estamos entre as dez maiores economias do mundo, mas no ranking mundial de 193 democracias, ocupamos a 133ª colocação em relação à presença feminina na Câmara Baixa, ficando atrás de países como Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos, que tradicionalmente renegam direitos às mulheres. (LÓSSIO, 2019)

No ano de 2018 houve um aumento considerável da bancada feminina, subiu de 10% para 15% o número de cadeiras ocupadas por mulheres no parlamento brasileiro, com 77 mulheres eleitas deputadas federais, 43 delas ocupando o cargo pela primeira vez. Resultado de mobilização histórica de mulheres em reação ao movimento misógino que crescia com as eleições presidenciais representada por Jair Bolsonaro. Mesmo com esse crescimento da bancada feminina, como dito acima por Luciana Lóssio, o Brasil ainda ocupa a posição de pior representação feminina no parlamento entre todos os países da América do Sul, empatando apenas com o Paraguai.

Nessa mesma perspectiva de insuficiência de representação do gênero feminino na política, essa percepção não fica apenas nos números, mas também é sentida pelos brasileiros, como mostra uma pesquisa feita pelo Data Folha em abril de 2019 intitulada “Mulheres, violência e feminismo”, em que um dos temas abordado através de pergunta foi quanto suficiência da ocupação das mulheres em espaços políticos, eis o resultado:

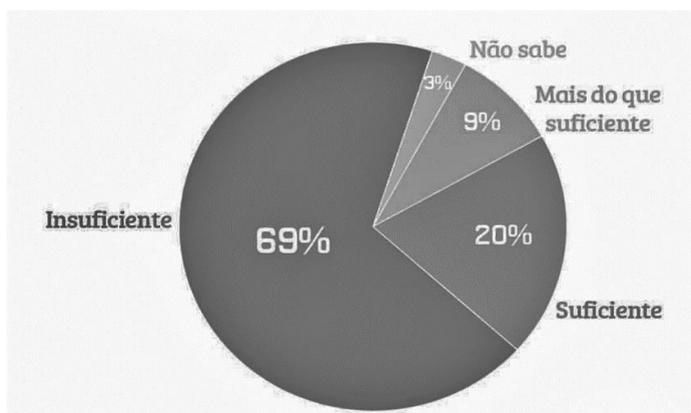


Gráfico 1: Avaliação da suficiência do espaço ocupado pelas brasileiras na política.

Fonte: DATAFOLHA, 2019.

No detalhamento tabelado da pesquisa, pode-se observar que o percentual masculino que entende pela insuficiência do espaço ocupados pelas mulheres na política é de 67%, não diferindo muito do geral, que abrange homens e mulheres, de 69%. Esse mesmo entendimento, ainda que pouca a diferença, sobe em percentual para 70%, quando entrevistadas mulheres.

Segundo Luana Simões Pinheiro (2007), mulheres enfrentam dificuldades no processo de candidatura e campanha, dentro das próprias organizações partidárias, principalmente no início de suas carreiras políticas. E quando já estão ocupando cargos políticos legítimos, ainda enfrentam jogos de dominação dentro da política institucional, utilizando-se de atitudes sexistas de desmoralização da mulher.

Dentro da mesma pesquisa, Luana verificou que mulheres apenas conseguem maior credibilidade e apoio dentro do próprio partido político após terem sido eleitas. E o perfil da maioria das que são eleitas são aquelas que já possuem certo capital político em relação as outras.

4. Fraudes de candidaturas políticas femininas

O Brasil expõe a cada ano que passa suas fraturas abertas em relação a sub-representação política feminina. Ainda que possua mecanismos de inserção da mulher na política, como as ações afirmativas de cotas, parece não haver limites de surgimento de barreiras para a efetiva participação dessas mulheres.

Dentro desse sistema sexista é preferível fraudar candidaturas de mulheres a realmente apoiá-las. Como se já não bastasse a vantagem do homem por possuir maior aporte político, os partidos políticos não investem em uma candidatura feminina como qualquer outra. Com a pretensão apenas de cumprir tabela, apresentando a cota necessária, candidaturas de mulheres não são levadas a sério pelas próprias organizações políticas, que não oferecem condições mínimas de competição eleitoral que proporcione resultados eletivos.

É sintomático quando grupos subalternizados como é o de mulheres, sempre a margem dos espaços de poder, têm em suas conquistas, de um mínimo de ascensão, sujeitas a trapaceadas do sistema. Como resultado disso pode se averiguar descrédito, retirada de oportunidade e desrespeito à democracia e princípios constitucionais eleitorais.

O princípio constitucional da autenticidade eleitoral relaciona-se diretamente com a exigência constitucional de eleições livres e limpas, de garantia de opções reais ao eleitor, de ampla liberdade de expressão e informação e de formação do voto livre de vícios. Como um Estado Democrático de Direito, o Brasil exige que a escolha dos representantes se dê em um ambiente em que estejam asseguradas a liberdade e a igualdade de voto. (SALGADO, 2011, p.107)

Importante visualizar como se pode conjecturar o princípio da autenticidade eleitoral para a construção de uma efetiva Democracia. Pautando-se no fundamento constitucional da igualdade de gênero, não é difícil mensurar que a representação de fato, apenas se dará através de uma ampla participação moldada por oportunidades similares de alcance de visibilidade das candidaturas e campanhas para aferir votos. Para isso, como pondera Eneida Desiree Salgado, é necessário que as Eleições sejam livres e limpas.

Com uma sistemática eleitoral corrompida por fraudes, que ignoram políticas públicas, o Estado não deve se acomodar em oferecer apenas normativas que legislam sobre a questão da inserção da mulher no campo político. Deve, portanto, funcionar segundo regras básicas de um regime democrático formulando estratégias para efetivação da participação política da mulher, que proporcione melhores resultados.

Cabe ao Poder Judiciário avançar na sua digna missão de implementar e distribuir justiça, sinalizando para todos os atores do processo eleitoral que continua atento ao princípio fundamental da igualdade de gênero, e que adotará as medidas necessárias para a consolidação dessa importante ação afirmativa. [...]

Sem dúvida, essa vicissitude reclama alguma providência, pois somente com uma sinalização clara da Justiça Eleitoral será possível desestimular e coibir

candidaturas fictícias, ainda verificadas em 2018, inclusive para desviar recursos dos fundos públicos de financiamento de campanha. (LÓSSIO, 2019)

Um dessas estratégias de lidar com as fraudes de candidaturas de mulheres, é o próprio posicionamento da Justiça Eleitoral perante esses casos. Esse assunto ganhou repercussão a partir da decisão de um Recurso Especial (REspe nº 243-42.2012.6.18.0024/PI), de um caso do município de José de Freitas, Piauí, em que foram registradas candidaturas de mulheres que sequer sabiam sobre, sendo uma analfabeta e outras duas sem votação, uma vez que não foi lançada e divulgada suas candidaturas verdadeiramente.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. FRAUDE. PERCENTUAIS DE GÊNERO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. 1. Não houve ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral, pois o Tribunal de origem entendeu incabível o exame de fraude em sede de ação de investigação judicial eleitoral e, portanto, não estava obrigado a avançar no exame do mérito da causa. 2. “É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o partido político não detém a condição de litisconsorte passivo necessário nos processos nos quais esteja em jogo a perda de diploma ou mandato pela prática de ilícito eleitoral” (AgR-Al nº 1307-34, rel. Mm. Marcelo Ribeiro, DJE de 25.4.2011). 3. Para modificar a conclusão da Corte de origem e assentar a existência de oferta de benesse condicionada ao voto ou de ato abusivo com repercussão econômica, seria necessário o reexame do conjunto probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial. (Súmulas 7 do STJ e 279 do STF). 4. É possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico – tanto no momento do registro como no curso das campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra prevista no art. 10, §3º, da Lei das Eleições- ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em fraude à lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas. 5. Ainda que os partidos políticos possuam autonomia para escolher seus candidatos e estabelecer quais candidaturas merecem maior apoio ou destaque na propaganda eleitoral, é necessário que sejam assegurados, nos termos da lei e dos critérios definidos pelos partidos políticos, os recursos financeiros e meios para que as candidaturas de cada gênero sejam efetivas e

não traduzam mero estado de aparências, Recurso especial parcialmente provido.

(TSE – RESPE: 24342 JOSÉ DE FREITAS – PI, Relator: HENRIQUE NEVESDA SILVA, Data de Julgamento: 16/08/2016. Data de Publicação: DJE – Diário de Justiça eletrônico. Tomo 196, Data 11/10/2016, Página 65-66)

A partir daí a Justiça eleitoral começou a ampliar o sentido de fraude, que antes, como dito na decisão acima, era pacificado que tal caso não seria passível de ação de investigação eleitoral, uma vez que o contexto de fraudes era restrito ao momento da votação e apuração dos votos. Agora, enxergada como abuso de poder, e de ocorrência notável e anterior às eleições poderá ser melhor investigada e passível, ainda, de impugnação de mandato eletivo.

Muitas são as formas encontradas de fraude de candidaturas femininas. O desmerecimento dado a esse espaço de poder a ser ocupado por mulheres perpassam desde registros de candidaturas de mulheres que não ao menos tomam conhecimento do ato, uma vez que pegam seus documentos e usam de forma discricionária, candidatas que não praticaram atos mínimos de divulgação de sua campanha, candidatas que não receberam doações para fazer sua campanha, e até mesmo as que de pronto renunciam quando conseguem se eleger deixando que um homem ocupe o espaço. (MPF, 2017). Merece repúdio a situação de insignificância e invisibilidade das mulheres a qual são postas.

Com o intuito de proporcionar maior participação das mulheres na política, o Senado aprova que a Lei 13.165/2015 que entra em vigor em 29 de setembro de 2015, com o seguinte texto:

Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. (BRASIL, 2015, Art. 9)

Esse artigo de lei foi contestado e levado ao STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5617 do Distrito Federal, que teve como relator o Ministro Edson Fachin, momento em que foi julgado procedente pela inconstitucionalidade:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para: i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei 13.165/2015, eliminando o limite temporal até agora fixado; ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/1995. (BRASIL, 2018)

A jurisprudência do STF acima citada tem sido usada pelo Tribunal Superior Eleitoral em posteriores decisões. Ainda assim, foi verificado reinvenções das fraudes por partidos com o desvio dessa verba direcionada a candidaturas de mulheres. O TSE tratou com maior rigor os casos de redirecionamento desse fundo que seria destinado ao financiamento de suporte às candidaturas femininas ou mesmo o seu não uso, condenando assim a cassação de toda a chapa, o que significa que aqueles que de alguma forma se beneficiaram da não participação livre e justa dessa candidatura teriam os seus registros cassados.

A situação que levou à luz tal discussão aconteceu no caso de Valença do Piauí, onde mulheres foram colocadas em situação de candidaturas “laranjas”, uma delas não possuindo um voto sequer, e a outra nem mesmo chegou a exercer o seu direito ao voto. O caso foi levado ao TSE através do RESP – Recurso Especial Eleitoral – nº 19.392, que em Rosa Weber, na fundamentação de seu voto assevera:

O parâmetro normativo não deixa margem a dúvidas quanto à obrigatoriedade de cassação do registro ou diploma dos candidatos beneficiados pelo ato abusivo, independentemente da sua contribuição ou anuência com a prática do ilícito, visto que o bem tutelado pela norma é a legitimidade/normalidade das eleições, a par da vontade do eleitor, sempre à luz da lisura do pleito, não se tratando, portanto, de responsabilização objetiva do candidato. Trata-se de norma protetiva de um processo eleitoral justo, igualitário e democrático. (BRASIL, 2019)

A partir de decisões como as mencionadas pode-se aferir que há um trabalho contínuo da justiça eleitoral para barrar a perpetuação dessa cultura de afastamento das mulheres do meio político. Através de políticas mais severas de contenção dessas fraudes e colocações que venham a contribuir para uma ascensão livre e justa das mulheres em pleitos eletivos o Brasil terá uma representação de fato democrática.

5. Considerações finais

Mesmo com o histórico de silenciamento, gerado por um projeto patriarcal institucionalizado de organização do poder político, que reproduz diferentes modalidades de opressão, as mulheres avançam progressivamente na ocupação espaços de poder. Nesse movimento, fazem ecoar suas vozes e a de suas companheiras, impulsionadas através de luta, resistência e buscando que todos as ouçam e compreendam. Esse processo de ressignificação social é uma constante de enfrentamentos para que mulheres se posicionem devidamente dentro do espaço político, de pertencimento seu por direito e de lugar de fala legítimo.

O processo de democratização das relações políticas deve ter como atributo o marcador de gênero. Não é assertivo que em um país que se diz democrático, onde mais da metade dos eleitores são mulheres, apenas 15% do parlamento seja composto por mulheres. Todas as instituições democráticas competentes devem se voltar ao objetivo da paridade de representação de gênero, desde o legislativo ao judiciário, e dos

movimentos sociais à individualidade dos votantes nas urnas. A real representação feminina é uma necessidade urgente do Brasil.

Os números já mostram uma sub-representação feminina entristecedora quando comparada a países da América Latina, apesar dos avanços, foram passos curtos e com muitas pedras no caminho. Não há como recuar quando se tem mulheres engajadas, dispostas e conscientes de que pode ocupar qualquer espaço, e indubitavelmente capaz de estar em espaços de poder. Então as medidas para assegurar que estejam onde queiram, e construam um projeto de sociedade diferente do que está posto e que as excluem sistematicamente, são necessárias para que se instaure uma democracia plena.

Referências

BEARD, Mary. **Mulheres e Poder: um manifesto**. Tradução de Celina Portocarrero. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em 21 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei 13.165 de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_At02015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

EM decisão inédita, fraude em candidaturas femininas gera cassação. MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/em-decisao-inedita-fraude-em-candidaturas-femininas-gera-cassacao>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

LÓSSIO, Luciana. **Representação Feminina: democracia inclusiva é o que se busca**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-13/luciana-lossio-democracia-inclusiva-busca>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

MULHERES, violência e feminismo. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/04/15/occf1b7f5f71464e482dfa38406ec34efem.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes Femininas na Política: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-constituente**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. **Os Princípios Constitucionais Eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta**. Estudos Eleitorais, v. 6, n. 3, set/dez. 2011

SANTOS, Polianna Pereira. **O sistema proporcional brasileiro e a presença das mulheres no legislativo: uma análise a partir do resultado das eleições municipais de 2016**. Mulheres por Mulheres. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 15-32.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5617**. Relator: Edson Fachin. DJ:15/03/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28FUNDO+PARTIDARIO+FEMININO%029&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y92ujyle>>. Acesso em 21 de maio de 2020.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2018.

TSE. **RECURSO ESPECIAL: REspE 24342**. Relator: Henrique Nesveda Silva. DJ: 16/08/2016. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/20_16/01.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2020.

TSE. **Recurso especial Eleitoral: RESP 19.392**. Relator: Jorge Mussi. DJ: 17 de setembro de 2019. Disponível em < <http://intero3.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/action-BRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT831609984§ionServ=RESP&docIndexString=0>>. Acesso em 21 de maio de 2020.

Obrigação de alimentos entre ex-cônjuges   luz da jurisprudência brasileira

Marina de Araújo Meneses Brito

Introdu o

Durante muito tempo a sociedade esteve imersa em pensamentos retrógrados, que tinham como base a superioridade masculina e a submissão da mulher e o patriarcalismo. Diante desse contexto o Código Civil de 1916 trouxe a possibilidade de a mulher, mesmo após a separa o, pedir a presta o de alimentos para seu ex-cônjuge, com o intuito de manuten o de seu padrão social.

Com a reforma do Código Civil esse instituto foi alterado trazendo a possibilidade recíproca de presta o de alimentos, ou seja, tanto o homem quanto a mulher podem reclamar alimentos caso seja necessário para manuten o de sua condi o social, mas para que isso ocorra   necessário observar alguns aspectos importantes trazidos, principalmente, pela doutrina brasileira.

De certa forma, o Código Civil de 2002 ainda   um instituto muito novo, tendo apenas 16 anos desde a sua cria o e, por isso, a questão da presta o de alimentos ainda não   algo que “caiu no senso comum”. Quando se fala em alimentos muitos imaginam a obriga o entre pais e filhos e esquecem-se da possibilidade de que essa presta o seja feita também entre ex-cônjuges.

A problemática desse tema está pautada em quais os limites de fixação de pensão alimentícia entre ex-cônjuges seguindo o viés do conceito de necessidade-possibilidade-razoabilidade e o atual entendimento dos tribunais brasileiros e tem como objetivo geral discutir a possibilidade de prestação de alimentos entre ex-cônjuges seguindo a ótica da sociedade em que estes se inserem atualmente e levando em conta a evolução da obrigação alimentar.

Como objetivos específicos têm-se a análise da relação entre a mudança do papel da mulher na sociedade e a fixação da pensão alimentícia entre os ex-consortes, além da discussão da existência da possibilidade de obrigação recíproca de alimentos entre o homem e a mulher e a demonstração de quais aspectos da sociedade e do direito brasileiro levaram os tribunais a pacificarem suas decisões quanto à fixação da pensão alimentícia.

Para o desenvolvimento do estudo foi feita uma pesquisa predominantemente teórica, pautada no procedimento de estudos bibliográficos, especialmente livros e artigos científicos sobre o tema tratado e a legislação brasileira acerca do tema. Almeja-se discutir o tema proposto e apresentar considerações sobre as indagações levantadas.

1 Breve análise histórica e conceitual da família no Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002

Quando se fala dos aspectos da família, o Código Civil de 1916 é marcado pela moral, tradição e por um modelo específico de organização familiar e se quer existia a possibilidade de divórcio, sendo este instituído pelo Lei nº 6.515/77, que incluiu o inciso IV, do art. 267.

A mulher durante muitos anos foi vista como uma figura submissa ao homem e ao seu marido. Essa imagem se refletiu diretamente no Código Civil de 1916 que reservou a mulher um papel secundário, trazendo inúmeros artigos que contemplam restrições e obrigações a elas, tanto no âmbito pessoal quando na figura do casamento.

Um exemplo claro desse pensamento sexista é o fato de o Código de 1916 trazer um capítulo específico dos direitos e deveres da mulher perante o casamento. Devido à sociedade em que o Código de 1916 estava inserido, o artigo 224 traz unicamente à mulher, a possibilidade de pleitear alimentos provisionais mesmo após a sua separação, pautando-se na proporção da necessidade do reclamante (mulher) e nos recursos da pessoa obrigada (homem).

Diferentemente do Código de 1916, a Lei 10.046/12 já faz parte de uma nova era da sociedade, uma era que a mulher é mais valorizada, em que a sua independência não depende da autorização de seu marido. Uma era em que a mulher luta cada vez mais pelo seu espaço e não se cala diante do Estado, uma era em que a religião não mais interfere nos assuntos estatais.

Essa mudança social se reflete diretamente no Código Civil atual que deixou de lado as “restrições” impostas a mulher e trouxe inúmeras inovações, sendo uma delas a equiparação da União Estável ao Casamento, sendo uma questão também consolidada por jurisprudências.

2 Obrigação de alimentos

A obrigação de alimentos encontra-se diretamente ligada à dignidade da pessoa humana trazida pela Constituição da República em seu art. 1º, III, sendo um princípio fundamental e vetor básico do ordenamento jurídico. A obrigação alimentícia pauta-se nesse princípio já que não há a possibilidade de se ter uma vida digna sem possuir os devidos proventos para mantê-la, entrando, aí, a prestação de alimentos.

Diniz (2008, p. 558) afirma que:

“O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade social e familiar (CF, art. 3º), pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo conjugal ou convivencial que o liga ao alimentando”.

A solidariedade familiar faz parte de um dos objetivos da Constituição Federal que visa uma sociedade livre, justa e solidária, sendo a família a base de tudo e devendo seus membros auxiliarem-se entre si como meio de garantia da dignidade da pessoa humana.

2.1 Conceito, características e espécies

É muito comum associar a ideia de alimentos apenas à noção de alimentação, mas esse instituto não se resume apenas a isso. Ele pode englobar, além da prestação pecuniária, que seria, por exemplo, a fixação de um valor mensal, a obrigação de pagamento de uma mensalidade escolar, podendo ser suprida também pela ajuda no supermercado da casa, entre várias outras formas.

O termo “alimentos” abrange além do simples valor em dinheiro, a habitação, vestuário, transporte, lazer e tudo aquilo que for necessário para atender às necessidades vitais, ou seja, compreende qualquer necessidade para a manutenção da vida, não se limitando à literalidade da palavra.

Para Gagliano (2017, p.685), a acepção jurídica do termo “alimentos” é muito mais ampla. Juridicamente os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo. O autor continua afirmando que o princípio da dignidade humana é o vetor básico desse instituto.

Além dos doutrinadores, os juristas também entendem que a abrangência do termo “alimentos” vai além do seu significado literal.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NECESSIDADES BÁSICAS PRESUMIDAS. RENDA NÃO COMPROVADA. MANUTENÇÃO DE ATIVIDADE EMPRESÁRIA. CRÉDITOS EM CONTA BANCÁRIA. VALOR RAZOÁVEL. 1. Os alimentos devem expressar as necessidades do alimentando, de forma a proporcionar um viver condigno com sua condição social, sem olvidar adequação às reais possibilidades financeiras do alimentante para tal desiderato.

(TJ-DF 07032403620188070007 - Segredo de Justiça 0703240-36.2018.8.07.0007, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 20/03/2019, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 22/03/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Como mencionado na decisão, os alimentos devem expressar as necessidades do alimentando para proporcionar-lhes uma vida digna e compatível com sua condição social.

O Código Civil regulamenta diversas situações em que a prestação alimentícia é devida do alimentante para o alimentando, sendo um direito personalíssimo, irrenunciável, incessível, impenhorável, imprescritível, atual, incomensável, irrestituível, intransacionável, variável e divisível.

Para Gonçalves (2017, p.654-665), os alimentos também podem ser divididos quanto a sua natureza, quanto à causa jurídica, quanto à finalidade e quanto ao momento em que são reclamados.

Quanto a sua natureza, podem ser classificados em: necessários, congruos ou civis e compensatórios, que são de cunho indenizatório. Quanto a causa jurídica, têm-se os alimentos legítimos, os voluntários e os indenizatórios. Quanto a finalidade, tem-se os alimentos definitivos, os provisionais, e os provisórios que são aqueles que necessitam de prova pré-constituída para serem fixados. Quanto ao momento em que são reclamados pode ser dividido em: pretéritos, atuais, e futuros, que são aqueles alimentos devidos após o julgamento da ação.

2.3 Trinômio necessidade, possibilidade e razoabilidade

Desde o Código Civil de 1916 que a ideia de necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado é trazida como o limite para a prestação de alimentos, o mesmo ocorreu no Código Civil atual. O CC/16 traz, de forma implícita, em seu art. 399, esse binômio como um limite para as prestações alimentícias.

Art. 399. São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, sem pode prover, pelo seu trabalho, á própria manança, e o de quem se reclamam, pode fornece-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

O Código de 2002 regulamenta esse binômio em seu art. 1694, § 1º.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Hoje, a doutrina mais moderna entende que além da possibilidade e necessidade, também deve haver a razoabilidade. Gagliano (2014, p. 687) afirma que deve haver uma conjunção dessas medidas, que os alimentos não servem para o enriquecimento do alimentando e sim como uma ajuda para a manutenção de sua sobrevivência.

Quando se fala no trinômio necessidade, possibilidade e razoabilidade é preciso observar a situação em que o alimentando está inserido, pois a função dessa prestação não é enriquecê-lo e sim auxiliar na sua sobrevivência e manutenção da vida, além do dever de observar a possibilidade do alimentante cumprir com a sua obrigação sem que isso o empobreça, ou seja, sem que isso lhe tire a possibilidade de prover suas próprias necessidades e de quem a ele dependa.

O Código Civil segue o mesmo raciocínio, determinando, em seu artigo 1695, que os alimentos são devidos ao alimentando que não puder prover sua própria subsistência e ao alimentante que puder fornecê-los sem prejuízo do seu próprio sustento.

Dessa forma, a prestação de alimentos não se torna algo absoluto e indiscutível, é necessário observar os limites que o cercam e, principalmente, observar até onde vai o direito da alimentado, respeitando os limites do alimentante, limites esses, necessários para prover o seu próprio sustento.

3 Obrigação de alimentos entre ex cônjuges

Antes de qualquer consideração é necessário destacar que a prestação de alimentos entre ex cônjuges é um instituto recíproco, ou seja, essa obrigação não é prestada apenas do homem para com a mulher, mas sim daquele que possui os recursos para aquele que não os detêm.

É nítido o entendimento de que mesmo após a dissolução da sociedade conjugal há a possibilidade de prestação de alimentos entre os ex-cônjuges, não importando se esse dever irá recair sobre a mulher ou sobre o homem. O intuito maior é proporcionar uma vida digna ao alimentando, como mostra Gonçalves (2017, p.717):

“O cônjuge inocente e desprovido de recursos, todavia, terá direito a pensão, a ser paga pelo outro, fixada com obediência aos critérios estabelecidos no aludido art. 1.694 e destinada, portanto, a proporcionar-lhe um modo de vida compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, e não apenas para suprir o indispensável à sua subsistência (art. 1.702)”.

Muitos doutrinadores entendem que os alimentos entre ex-cônjuge ou companheiros só são devidos em situações específicas, tendo duração certa para que o titular do direito possa prover seu próprio sustento. Tal entendimento também se encontra consolidado na jurisprudência brasileira.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS EM DESFAVOR DE EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE ALIMENTOS DEFINITIVOS POR TEMPO INDETERMINADO. ALIMENTOS TEMPORÁRIOS FIXADOS POR OCASIÃO DO DIVÓRCIO. PERÍODO PARA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADE PARA EXERCÍCIO DO ATIVIDADE LABORATIVA E RENDA INSUFICIENTE. TRABALHO AUTÔNOMO. CORRETORA DE IMÓVEIS. CARÁTER EXCEPCIONAL E TEMPORÁRIO DA OBRIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA E INCAPACIDADE LABORATIVA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A obrigação alimentar entre cônjuges somente pode ser deferida em caráter excepcional, já que a regra é que, após a dissolução do vínculo conjugal, cada cônjuge deve manter sozinho a sua subsistência, sendo a exceção admitida se restar demonstrada

incapacidade para o trabalho ou impossibilidade de inserção no mercado de trabalho.

(TJ-DF 07339227820178070016 - Segredo de Justiça 0733922-78.2017.8.07.0016, Relator: JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 14/11/2018, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/11/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No primeiro ponto de destaque da decisão acima, o MM juiz deixa claro a ideia de que os alimentos entre ex-cônjuges são devidos de forma transitória e excepcional, já que após a dissolução do vínculo conjugal cada um deve ser capaz de manter-se sozinho. Mas, é certo que nem sempre isso ocorre, é aí que entra os princípios já trabalhados: necessidade, possibilidade e razoabilidade. É necessário que seja demonstrado que a pessoa que pleiteia tal direito não tem capacidade de prover seu próprio sustento.

O Relator prossegue ainda em seu raciocínio:

Caso concreto em que não se vislumbra o preenchimento dos requisitos aptos a condenar o réu ao pagamento de alimentos definitivos. A um, porque é medida excepcional e temporária, tendo a apelante já sido beneficiada nesse critério de excepcionalidade e temporalidade da obrigação alimentar devida entre ex-cônjuges. A dois, porque não restou demonstrada a sua incapacidade financeira e para o exercício da atividade laborativa.

(TJ-DF 07339227820178070016 - Segredo de Justiça 0733922-78.2017.8.07.0016, Relator: JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 14/11/2018, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/11/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Em boa parte da decisão, se afirma não ser possível a fixação dos alimentos, já que se trata de uma obrigação excepcional e já tendo sido a alimentanda beneficiada com esse direito, não se justificando a dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, pois não foi demonstrada a sua incapacidade laborativa, o que reafirma o entendimento de alguns doutrinadores.

É importante destacar a existência dos alimentos compensatórios. Trata-se da hipótese em que, por conta do padrão social vivido durante

todo o tempo de matrimônio e a disparidade que ocorreria com a sua dissolução, o “réu” fica obrigado a uma prestação periódica em dinheiro, para compensar a disparidade mencionada, como afirma Madaleno (2008, p.725):

“uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal.”

Dessa forma, o trinômio necessidade, possibilidade e razoabilidade não servem como “controle” para os casos em que o único objetivo seria a manutenção do padrão vivido durante a constância do casamento. Sendo assim, os alimentos compensatórios seriam uma exceção à regra, visto que, como analisado anteriormente, o trinômio mencionado serve como parâmetro e requisito para obtenção do direito em tela.

4 Obrigação de alimentos entre ex-cônjuges à luz da jurisprudência brasileira

A doutrina majoritária entende, como analisado anteriormente, que o dever de assistência após a dissolução do casamento é mútuo entre os ex-consortes. Essa obrigação também é garantida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1702 e 1704.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

É importante frisar que para que haja a efetivação do direito à alimentos, é necessário que se cumpra os requisitos essenciais trazidos pelo trinômio necessidade-possibilidade e razoabilidade, que já é figura consolidada na jurisprudência brasileira.

APELAÇÃO CÍVEL. EXONERAÇÃO. ALIMENTOS A EX-CÔNJUGE. OBRIGAÇÃO MANTIDA. O alimentante/apelante pede a exoneração da obrigação alimentar afirmando que a ex-companheira tem capacidade laboral e recebe aposentadoria. Apesar disso, o trabalho da alimentada já fora levado em consideração à época da fixação dos alimentos, não constituindo, assim, alteração no binômio alimentar. Nesse sentido, é de ser mantida a sentença que negou provimento ao pedido de exoneração. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70080228299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/04/2019). (TJ-RS - AC: 70080228299 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 04/04/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/04/2019)

Nesta decisão é possível observar que a possibilidade de exoneração da prestação de alimentos deve seguir a lógica da cessação da necessidade desta obrigação. O alimentante não pode simplesmente pedir que lhe seja exonerado, sem que haja provas de que não é mais cabível esse tipo de prestação, como analisa Hashimoto (2003): “extraí-se desse binômio que a prestação pode ser temporária e modificado o seu quantum a qualquer tempo, bastando demonstrar a alteração de um dos dois requisitos para sua revisão”.

Rizzardo (2011, p.243) afirma nesse sentido: “as necessidades do cônjuge, os fatores que precederam o divórcio e as limitações que o cercam é que ditarão a obrigatoriedade ou não de fornecer alimentos”. Ou seja, no caso em tela, ficou evidente a possibilidade de manutenção de seu próprio sustento, já que a pessoa que pleiteou o direito percebia um salário suficiente e acima da média para a estabilização de uma vida digna.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO. MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE E EXERCÍCIO LABORATIVO POR PARTE DA ALIMENTADA/EX-COMPANHEIRA. PONDERAÇÃO DO BINÔMIO POSSIBILIDADE X NECESSIDADE. MINORAÇÃO DEVIDA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA. UTILIZAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO. - Havendo provas de que o alimentante teve

sua capacidade contributiva reduzida diante da formação de nova família, bem assim, emergindo dos autos que a ex-esposa tem condições de prover parte do seu sustento por desenvolver atividade laborativa, há necessidade da redução da obrigação de prestar alimentos. - É imprescindível, para a fixação da pensão alimentícia, a análise da proporcionalidade atinente ao binômio necessidade do alimentando e possibilidade econômico-financeira do alimentante. 1 (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00196480820088152001, - Não possui -, Relator DES JOSE RICARDO PORTO, j. em 30-09-2015)

(TJ-PB - APL: 00196480820088152001 0019648-08.2008.815.2001, Relator: DES JOSE RICARDO PORTO, Data de Julgamento: 30/09/2015, 1 CIVEL)

A constância de um novo casamento por parte do devedor, não cessa o direito de alimentos para o ex-cônjuge, sendo isto reafirmado pela doutrina e jurisprudência. Entende-se que apenas a contração de uma nova sociedade conjugal não é fato suficiente para extinguir esse direito, para que isso ocorresse, seria necessário que o devedor contraísse novos encargos.

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. MULHER JOVEM, CAPAZ E APTA AO TRABALHO. DESCABIMENTO. 1. Considerando que se trata de mulher jovem, saudável, capaz e apta ao trabalho, descabe fixar alimentos provisórios em seu favor, pois não há prova da união estável e não comprovou que necessita do amparo do varão para se manter. O indeferimento de alimentos provisórios pode ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos os elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70058557737, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/04/2014). (TJ-RS - AI: 70058557737 RS , Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 16/04/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2014)

No caso em questão, o Relator trouxe pontos muito importantes no estudo da possibilidade de alimentos entre ex-cônjuges. Primeiro deixa-se claro que com o advento da CRFB/88 a mulher passou a vislumbrar uma autonomia financeira que lhe não era permitido anteriormente.

O antigo Código Civil não previa a possibilidade de alimentos ao cônjuge do sexo masculino, como afirma Madaleno (2011, p.330): “os alimentos entre os cônjuges eram devidos exclusivamente à mulher, tendo em visto que esta não costumava exercer trabalho remunerado”.

O segundo ponto volta-se para a questão da possibilidade de alimentos. Fica evidente que o dever de prestação dessa obrigação, entre ex-cônjuges, tem caráter assistencial, não podendo se revestir de características indenizatórias.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA. CARÁTER PROVISÓRIO DA OBRIGAÇÃO. EXONERAÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS Estando devidamente demonstrado nos autos que a alimentanda é jovem e saudável, exercia atividade remunerada em um banco antes da união estável que perdurou por cinco anos, e não havendo qualquer empecilho para retornar ao trabalho, não subsistem razões para que continue percebendo pensão alimentícia.

(TJ-GO - APL: 02763902820148090093, Relator: ITAMAR DE LIMA, Data de Julgamento: 15/02/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 15/02/2019)

Semelhante ao caso já analisado, ficou provada a possibilidade de reinserção no mercado de trabalho, já que a autora da ação já havia mantido relação de emprego anterior à sua união estável, não tendo qualquer empecilho para seu retorno. Diante disso, Relator decidiu por não manter a pensão fixada.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. EX-COMPANHEIRA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A dissolução da união estável inviabiliza o pedido de alimentos entre os ex-companheiros porque rompido dever de mútua assistência. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70052154440, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 07/02/2013)

(TJ-RS - AC: 70052154440 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 07/02/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/02/2013)

A decisão acima vai de choque com a doutrina majoritária e até mesmo com o entendimento majoritário dos tribunais brasileiros, já que se entende pela total possibilidade de prestação de alimentos entre ex-cônjuges ou companheiros, desde que se reste provado, como já dito anteriormente, a necessidade do alimentando, a possibilidade do alimentante e a razoabilidade da prestação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS DEVIDOS À EX-COMPANHEIRA. EXONERAÇÃO. Não há prova da alteração da situação fática da agravante, superveniente à última fixação da verba alimentar, de modo a justificar o deferimento do pedido de tutela de urgência com base na sua desnecessidade. Por outro lado, o fato de o alimentante pagar pensão para um filho não significa, necessariamente, que não tenha mais condições de arcar com a módica importância de meio salário mínimo em favor da ex-companheira, analfabeta, que com ele conviveu durante cerca de 30 anos, cuidando da casa e dos filhos, e que nunca se inseriu no mercado de trabalho. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ-RS - AI: 70076089549 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/04/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/04/2018)

A autora da ação, durante os 30 anos de casamento, nunca havia exercido atividade laborativa, evidenciando a necessidade da prestação. Esta necessidade se agrava pelo fato de ser a alimentanda analfabeta, o que torna mais dificultoso o seu processo de reinserção no mercado de trabalho.

Gonçalves (2017, p.680) novamente mostra a necessidade de se preencher o trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade ao afirmar que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

É certo que a partir do momento que a obrigação tirar do alimentante o poder de prover seu sustento, os alimentos passam a ser inviáveis, mas isso não ocorre na situação analisada, o que possibilita a fixação da prestação.

É necessário, também que se observe caso a caso, já que situações muito peculiares envolvem esse instituto, como afirma Souza (2013) ao analisar a obra dos autores Faria e Rosenthal:

Nessa mesma linha de raciocínio, Farias e Rosenthal (2012, p. 789) explicam que a fixação de pensão alimentícia entre ex-cônjuges e ex-companheiros deve estar pautada nas circunstâncias do caso concreto, tendo sempre em mira que “a dissolução do casamento implicará em perdas recíprocas e na natural impossibilidade de manter o mesmo status econômico e social.

Sendo assim, diante dos casos analisados e visão geral dos doutrinadores brasileiros, é possível se constatar que a jurisprudência já possui um entendimento consolidado quanto à obrigação de alimentos e os limites impostos a eles. Os alimentos não podem e nem devem ser fixados sem que se observe a necessidade do alimentando, a possibilidade da prestação pelo alimentante e a razoabilidade da obrigação, evitando, assim, enriquecimento sem causa da parte beneficiária e trazendo uma maior estabilidade para o instituto.

5 Considerações finais

O presente trabalho procurou clarificar a questão envolvendo a possibilidade de alimentos entre ex-cônjuges. O antigo Código Civil Brasileiro trazia apenas essa possibilidade para a mulher, já que ela era a responsável pelo cuidado da casa e da família, enquanto o marido, o patriarca, ficava encarregado de prover o sustento devido a todos.

Com o advento do atual Código Civil, essa questão mudou de figura. Atualmente, a legislação brasileira não mais distingue para quem essa possibilidade é devida. A grande questão envolvendo esse instituto se dá no âmbito da possibilidade de prestação dessa obrigação. É certo, como dito anteriormente, que os alimentos são devidos de forma recíproca entre os ex-cônjuges, mas quais seriam os limites para essa prestação.

Tentou-se demonstrar que a doutrina majoritária classifica os alimentos em vários tipos, mas quando se fala em prestação alimentícia pós divórcio, dois tipos ganham destaque, os transitórios e compensatórios.

Além disso, esclareceu-se a questão do trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade que servem como requisitos para a concessão do direito e, até mesmo, como limites à prestação. Superada todas questões envolvendo a possibilidade de prestação alimentícia entre ex-cônjuges, passou-se à análise do “comportamento” dos tribunais brasileiros diante desse assunto.

Foi possível observar que já se tem um entendimento consolidado quanto à possibilidade de pensão entre ex-cônjuges, já que esse direito também é assegurado pelo Código Civil. A grande controvérsia se encontra quanto à análise da necessidade da prestação, por isso é necessário observar caso a caso. Sendo assim, com a análise de julgados brasileiros ficou evidente que a jurisprudência, de forma majoritária, preza pela dignidade da pessoa humana, levando em consideração qual situação em que o alimentando estava inserido durante seu casamento e o que irá enfrentar com a dissolução desse instituo.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil** - Famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012

BERNARDES, Vainer Marcelo. **Obrigações alimentícias**: quem deve pagar e quem tem direito de receber. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35587/obrigacoes-alimenticias-quem-deve-pagar-e-quem-tem-direito-de-receber>> Acessado em: 15.04.2019.

BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. **A origem e evolução das prestações alimentares. Comentários sobre os alimentos compensatórios**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-origem-e-evolucao-das-prestacoes-alimentares-comentarios-sobre-os-alimentos-compensatorios,55052.html>>. Acesso em: 13.05.2019.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>> Acessado em: 20.05.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios. Segredo de Justiça 0703240-36.2018.8.07.0007, Relator: ANA CANTARINO, 22 de março de 2019. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/689247507/7032403620188070007-segredo-de-justica-0703240-3620188070007?ref=serp>> Acessado em: 21.05.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. APL: 02763902820148090093, Relator: ITAMAR DE LIMA,^{3ª} Câmara Cível, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712479326/apelacao-apl-2763902820148090093?ref=serp>> Acessado em: 29.05.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Segredo de Justiça 0733922-78.2017.8.07.0016, Relator: JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, 5ª Turma Cível, 22 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/650261125/7339227820178070016-segredo-de-justica-0733922-7820178070016?ref=serp>> Acessado em: 22.05.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. - APL: 00196480820088152001 0019648-08.2008.815.2001, Relator: DES JOSE RICARDO PORTO, 30 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253460837/apelacao-apl-196480820088152001-0019648-0820088152001?ref=serp>> Acessado em: 28.05.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70080228299 RS, Relator: Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, 09 de abril de 2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/696178873/apelacao-civel-ac-70080228299-rs?ref=serp>> Acessado em: 25 de maio de 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI: 70058557737 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, 23 de abril de 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Mulher+jovem%2C+saud%C3%A1vel+e+apta+ao+trabalho>> Acessado em: 01.06.2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI: 70076089549 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Oitava Câmara Cível, 16 de abril de 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568275276/agravo-de-instrumento-ai-70076089549-rs?ref=serp>> Acessado em: 02.06.2019.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33147,41046Principio+da+proporcionalidade+para+alem+da+coisa+julgada>> Acessado em: 21.05.2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7.

FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. Disponível em: < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/82> > Acessado em: 05.06.2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, vol. 6: direito de família**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 6: direito de família**, 14^a ed. São Paulo, 2017.

HASHIMOTO, Gláucio. **Renúncia ao direito de alimentos ente cônjuges na separação consensual- do CC/1916 ao novo Código Civil**. Disponível em: < <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/401/405>.> Acessado em: 05.06.2019.

MADALENO, Rolf. **Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios**. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/636/816>> Acessado em: 22.05.2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 5: direito de família**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Desligamento institucional pela maioria: os filhos do abandono

Roberta da Silva Lages Costa

1. Introdução

A família é uma das instituições fundamentais para o desenvolvimento físico, psicológico e social do indivíduo. É a primeira comunidade que a pessoa tem contato, e, portanto, o núcleo que mais pode ensinar acerca das dinâmicas da vida em grupo. Também, é considerada a principal mentora na construção da personalidade de um sujeito.

Além disto, a sociedade e o Estado são igualmente responsáveis pela formação de um ser humano. Desta forma, a Constituição Federal atribuiu aos três o dever de garantir que os direitos inerentes à infância e adolescência sejam efetivamente cumpridos e protegidos, pois, caso sejam violados, as consequências deste descuido podem comprometer a saúde e o bem-estar dos jovens e crianças, tanto na fase de desenvolvimento, quanto na fase adulta.

Por outro lado, assegurar o cumprimento dessa obrigação é uma tarefa complexa, que exige dedicação, responsabilidade e organização, quesitos que ainda são precários quando colocados em prática, o que culmina na exposição da criança ao perigo. Assim, buscando cessar a violação de direitos, bem como tentando amenizar as consequências dela, o poder público assume, temporariamente, a missão de proteger este infante,

aplicando medidas que objetivam o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Adotada como medida excepcional e provisória, além de trabalhar a reinserção da criança no núcleo familiar ou a inserção em uma família substituta, o acolhimento institucional acaba se tornando o lar de muitas crianças e adolescentes, tendo em vista a falha nas tentativas de voltar para a família original, bem como, os obstáculos para encontrar uma nova família para elas.

Por outro lado, embora a finalidade das casas de acolhimento seja a passagem rápida dos menores, acontecendo o contrário, com casos que perduram por anos, a estadia dos adolescentes tem um momento certo para acabar: o aniversário de 18 anos. Ocorre que, estes jovens foram abandonados, negligenciados e, por conta do longo tempo vivendo institucionalizados, não possuem instrução e nem ajuda para resolver os dilemas do mundo adulto.

Assim, o objetivo deste trabalho é discorrer acerca do destino destes novos adultos, quais caminhos lhes restam após a saída do abrigo e os direitos que eles detêm, para levar uma vida digna.

2. Direito à convivência familiar

Assim como a sociedade, os elementos que compõe a vida em grupo vão se modificando de acordo com o contexto da sua época. O conceito de família, bem como a forma como se estrutura, passou e ainda passa por transformações, dado a diversidade de relações parentais existentes na contemporaneidade.

Com efeito, a família tem seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 41 apud FERREIRA, *et al.*, 2018, *online*).

Logo, a função dessa comunidade se torna cada vez mais essencial na construção da personalidade de um indivíduo, tendo em vista que as diferentes formas de atuação dela contribuem para desvincular a ideia da família tradicional, bem como tenta afastar o preconceito em relação aos diferentes grupos familiares existentes.

Assim, como menciona Germano (2011, p. 51) “há uma nova concepção da família, que tem como razão de ser o crescimento pessoal de seus membros, fundando-se nos princípios da dignidade, liberdade e afetividade”.

Outro ator que exerce função primordial como agente socializador do ser humano é o Estado. Até o século anterior, as legislações acerca da criança e do adolescente não tinham o foco principal na proteção destes indivíduos, mas preferencialmente em salvaguardar a sociedade deles, como já dizia Carvalho (1993, p. 13 apud ÁLVARES, 2007, *online*), o trabalho realizado com a infância e juventude desamparada baseava-se “numa dupla perspectiva: proteger os internos de um mundo hostil e, principalmente, proteger a sociedade da convivência com esses menores”.

Foi então, nesta conjuntura que foi se idealizando a concepção de “situação irregular do menor”. “A Doutrina da Situação Irregular tem suas raízes em concepções que remontam ao final do século XIX” (CUSTODIO, 2008 apud SOARES, 2016, p.147).

Entretanto, diante do novo panorama que a sociedade se encontrava, bem como pelo clamor internacional que emergia quanto aos direitos da criança e do adolescente, o Princípio da proteção integral surgiu para romper com a Doutrina da situação irregular, passando a olhar os jovens como sujeitos de direito, e não mais como objetos de tutela do Estado.

Alguns dispositivos já tratavam do assunto, como a Declaração de Genebra de 1924, que foi um ponto de partida para discussões posteriores acerca da atenção especial voltada aos jovens. Também, a Declaração dos Direitos das Crianças, que, segundo Saraiva (2003 apud CRUZ; SILVA,

2015, p.7) foi uma iniciativa importante para consolidação dos direitos de crianças e adolescentes no panorama internacional.

Mas foi na Constituição Federal de 1988 que a Doutrina da Proteção Integral se consagrou no ordenamento jurídico brasileiro. E em 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do adolescente, que regulamenta as ações que garantem a proteção da infância e adolescência, tratando-as com prioridade absoluta.

A lei nº 8.069/90 (ECA) operou uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico nacional, introduzindo novos paradigmas na proteção e garantia dos direitos infantojuvenis [...] apresenta-se como diploma legal inovador, verdadeiro instrumento da democracia participativa, que retirou crianças e adolescentes da condição de mero objeto de medidas policiais e judiciais, conferindo-lhes a posição de sujeitos de direitos fundamentais. Erigindo a população infanto-juvenil à condição de prioridade nacional, o Estatuto se sobressai, ainda, por fornecer os meios necessários à efetivação de seus interesses, direitos e garantias, largamente previstos na legislação constitucional e infraconstitucional (CARNEIRO, 2011, p. XXV apud VARGAS, 2015, p.26).

Nesse contexto, a nova lei, que tem como fundamento a Constituição Federal 1988 e adotou o princípio da proteção integral, afastou a doutrina da situação irregular, que considerava jovens e crianças apenas como objetos de tutela do Estado, não possuindo direitos que respeitassem sua integridade e condição de sujeito em crescimento.

3. Acolhimento Institucional

As medidas protetivas são ações, previstas Lei 8.069/90, que visam preservar a dignidade dos infantes, quando estes têm seus direitos fundamentais violados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu artigo 98, a base para verificar uma situação de risco pessoal ou social de crianças e adolescentes.

Caso se presente qualquer das hipóteses, a autoridade judiciária deve entrar em ação (SCHIMIDT, 2013 apud OLIVEIRA; SILVEIRA, 2015, p.19).

Nesta lógica, MACHADO (2003, p. 206 apud BAYS, 2016, *online*) refere que as medidas de proteção objetivam, precipuamente, a preservação ou a recomposição dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Também, outra possibilidade prevista na legislação para a inclusão de crianças em programa de acolhimento institucional é quando os genitores manifestam interesse em entregá-la e não indicarem ou não houver representantes da família extensa, conforme redação do art. 19-A, § 1º a 10º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As gestantes que manifestam interesse em entregar seus filhos à adoção devem receber a devida orientação psicológica e também jurídica, de modo que a criança tenha identificada sua paternidade (nos moldes do previsto na Lei nº 8.560/92) e lhe sejam asseguradas condições de permanência junto à família de origem ou, se isto por qualquer razão não for possível, seja então encaminhada para adoção legal, junto a pessoas ou casais regularmente habilitados e cadastrados. (DIGIÁCOMO, 2017, p. 23-34 apud COSTA, 2018, p.32).

Aduz o art.101, §1º do ECA que o acolhimento institucional é uma medida provisória e excepcional, utilizada como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta.

Logo, depreende-se que o objetivo do acolhimento, além de zelar pelo bem-estar da criança ou adolescente, tentando findar o risco, ou diminuir o seu impacto, é também dedicar-se para fortalecer os laços com a família natural ou criar novos vínculos, a fim de que os detentores do dever de proteger e criar estes sujeitos, possam cumprir a sua tarefa.

Liberati (1993, p. 151 apud BETTANIN; GOBBO, 2015, p.5) aponta que como medida provisória de proteção, tem a função de preparar a criança e o jovem para serem reintegrados em sua própria família e, excepcionalmente, em família substituta.

Vale ressaltar que o caráter momentâneo do acolhimento do infante não pode ser considerado como meta, pois, embora o propósito seja garantir o seu direito à convivência familiar, seja na família biológica, ou em uma família substituta, este objetivo deve ser alcançado respeitando o interesse superior da criança.

Ademais, a Lei 8.069/90 no seu art. 19, § 2º e 3º reforça o aspecto temporário da providência, ao afirmar que a permanência da criança e do adolescente no acolhimento institucional não poderá passar de 18 meses, salvo os casos que atenda seu superior interesse, bem como, ao estabelecer a reavaliação daqueles, a cada três meses, a fim de verificar a possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, todas a hipóteses, devidamente fundamentadas.

Portanto, ainda que o foco esteja voltado para uma passagem de curto período pela a instituição acolhedora, a permanência da criança no local, vai depender da complexidade do caso, se há viabilidade daquela voltar definitivamente para o seu lar ou ser recebida em um novo, e, acima de tudo, com segurança.

Assim, nos termos do art. 101, §8º da supramencionada Lei, “verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional fará imediata comunicação à autoridade judiciária, que dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo” (BRASIL, 1990).

Ocorre que, há casos em que não é possível o retorno da criança para a família de origem. Bem como, também existem histórias de crianças que nunca tiveram a oportunidade de vivenciar o contexto de uma família, ou seja, cresceram em instituições de acolhimento, e, por mais contraditório que seja, estes indivíduos institucionalizados acabam tendo por duas vezes o direito a convivência familiar violados.

Siqueira e Dell’ Aglio (2006, p.71 apud CAMPOS; FIGUEIRO, 2013, p.115) afirmam “os efeitos de um período de institucionalização prolongado têm sido apontados na literatura, por interferirem na sociabilidade e na manutenção de vínculos afetivos na vida adulta”.

Vale destacar que, a permanência do jovem na casa acolhedora não é perpétua, sendo que aos 18 anos, o indivíduo precisa deixar o abrigo. Logo, surgem novas situações referentes ao destino destes jovens, que, inclusive, não são diferentes das que enfrentaram durante a infância, como o desamparo, a falta de assistência e o mais importante: a ausência de um referencial.

4. Desligamento Institucional pela maioridade

É de se pensar que, ao atingir a maioridade, imediatamente a pessoa adquire maturidade para lidar com as questões acerca do mundo adulto. Entretanto, sabe-se que esta não é a realidade. Alguns conseguem compreender o novo contexto rapidamente, e têm aqueles que passam por um processo de aprendizagem e vão evoluindo de acordo com as experiências vividas. Mas, isto, é claro, varia de pessoa para pessoa.

Todavia, é importante frisar que, o jovem, nesta nova etapa da sua vida, precisa receber auxílio, tanto quanto na infância. A socióloga Melissa de Matos Pimenta (2013, *online*) afirma que “ele deve contar com o apoio da família, da escola e do Estado em todas as etapas de transição para a vida adulta, pois ela não começa automaticamente ao se completar 18 anos”.

Em contrapartida, a chegada do 18º aniversário é ainda mais difícil para as crianças acolhidas, visto que o evento significa que elas terão que deixar a Instituição. Com isto, as ideias passam a girar em torno da preocupação a respeito do destino destas pessoas, e também, sobre seus meios de sobrevivência. “Fica evidente que, para algumas crianças e, sobretudo, para os adolescentes, a porta de saída do abrigo é a maioridade civil” (PRESTES, 2011, p. 56 apud MOREIRA, 2013, p.113).

De acordo com Bernal (2004 apud MARTINEZ; SILVA, 2008, *online*), o longo período de institucionalização de crianças e adolescentes e a não preparação para o momento da saída acompanham a sociedade brasileira desde o Período Colonial. Desde essa época, para a autora, os processos de

entrada e saída do abrigo sempre foram desconhecidos por parte da criança. Se a criança não sabia seu destino quando entrava na instituição, o desconhecimento sobre a saída era ainda maior. A saída formalizada, quando acontecia, dava-se de um modo improvisado e despreparado (nos mesmos moldes da entrada). Sem condições materiais e sociais de assumir uma vida autônoma, o jovem passava por uma série de dificuldades para se sustentar, além, é claro, das implicações psicológicas deixadas pelo longo período na instituição (Bernal, 2004 apud MARTINEZ; SILVA, 2008, *online*).

Ou seja, estes indivíduos, agora jovens recém-egressos, são novamente abandonados.

Mas não havendo a possibilidade de aramar vínculos familiares, as crianças vão crescendo dentro da instituição até alcançar a idade de dezoito anos. Neste período, já adolescentes, são desligados da Instituição mesmo não estando preparados para iniciar um novo momento de suas vidas sozinhos, isto é, sem a tutela, o carinho, a muitas vezes, sem nenhuma referência externa ao abrigo que possa acolhê-lo nos momentos futuros. (PERUZZOLO, 2004, pág. 286 – 287 apud RODRIGUES, 2017, p.36)

O Promotor da Infância e Juventude de Curitiba, Murillo Digiácomo (CARRIEL, 2013, *online*) entende que não é correto e nem justo que o poder público abandone o jovem que ficou sob sua responsabilidade, em muitos casos desde a infância, pelo simples fato de completar 18 anos. “Especialmente quando (não) lhe foram dadas condições para sua emancipação” (CARRIEL, 2013, *online*).

Ainda, o *Parquet* destaca que não há no Estatuto da Criança e do Adolescente qualquer dispositivo mencionando que o desligamento do jovem é automático (CARRIEL, 2013, *online*). “É mais do que razoável estender o atendimento a jovens adultos, por determinado período, até que obtenham colocação no mercado de trabalho e possam se manter por conta própria” (CARRIEL, 2013, *online*).

Assim, sem preparo e sem assistência, o caminho mais fácil encontrado por estas pessoas é o da marginalidade e criminalidade.

Ao sentir-se excluído da instituição, que não o quer mais por ele já ter completado dezoito anos, e pela sociedade que, ao vê-lo como marginal não o aceita, ele fica sem alternativas, restando-lhe a delinquência e a marginalidade” (CONSTANTINO, 200, pág. 29 apud RODRIGUES, 2017, p.37).

Diante disto, resta claro que, assim como na infância e adolescência, a passagem para o mundo adulto também merece ser acompanhada, considerando que nesta fase, o jovem adquire mais responsabilidades.

Ademais, ficou evidente que obrigação do Poder Público para com crianças e jovens institucionalizados, não termina quando estas atingem a maioridade, pelo contrário, o Estado torna-se a principal encarregado sobre o futuro destas pessoas, haja vista que suas ações incidirão nas escolhas delas.

Considerações finais

Diante do exposto, considerando a evolução nos direitos da infância e juventude, ao tratar do assunto com mais relevância, e, dando uma atenção especial a esta classe, também, levando em conta o papel da família na vida de uma pessoa, é notório que os direitos garantidos na Constituição à jovens e crianças, ainda não são efetivamente cumpridos. O retrato disto, é o desligamento institucional pela maioridade.

Crianças e adolescentes que foram negligenciados por suas famílias, são ignorados e rejeitados pelo Estado e pela sociedade quando completam 18 anos. Os três encarregados de cuidar do bem-estar e do desenvolvimento destas pessoas falham.

Ademais, o Estado erra duas vezes, pois, ao assumir o dever de proteger os infantes, ele acaba esquecendo de prepara-los para sua emancipação. Além disto, tendo em mente que a Lei 8069/90 é dirigida para pessoas até os 18 anos, o poder público acaba entendendo que, após isto, ele não tem mais obrigações com estas. Assim, ao saírem do abrigo, sem orientação e suporte, os jovens veem suas chances de prosperidade e

qualidade de vida diminuídas, quando deveriam estar sendo assistidas por políticas públicas, elaboradas especialmente para eles.

Portando, da mesma maneira que acontece nas relações parentais, os filhos continuam sendo auxiliados por seus pais, o Estado, que se responsabilizou pela criação dos adolescentes, deve continuar prestando assistência à eles, até que consigam autonomia.

Referências

ÁLVARES, Luciana de C. **Da caridade ao direito: um panorama da prática de abandono no Brasil**. Superior Tribunal de justiça. [S.I.] 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/66406/caridade_direito_alvarez.pdf. Acesso em 10 jun. 2019.

BAYS, Indrig. **Medidas protetivas e medidas socioeducativas**. [S.I.] [2016?]. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/medidas-protetivas/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BETTANIN, Kauana; GOBBO, Edenilza. **O direito à reintegração familiar das crianças e adolescentes acolhidos na comarca de Pinhalzinho- SC**. [S.I.]. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-Kauana-Bettanin.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CARRIEL, Paola. MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **JURISPRUDÊNCIA - Amparo para maiores de 18 anos**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2013/12/11664.37/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

COSTA, Anna G.P. da. **A entrega consciente de crianças para adoção legal à luz do Estatuto da criança e do adolescente**. [S.I.] 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/05/20180421-Artigo-Revista-MP-Entrega-consciente.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CRUZ, Maria Luiza S.V.; SILVA, Leandro L. **Da situação irregular à proteção integral: a tutela constitucional da criança e do adolescente**. Congresso Norte Mineiro de direito constitucional. Montes Claros, 2015. Disponível em: <http://minascongressos.com.br/direitoconstitucional/x3.pdf>. Acesso em: 10 jun.2019.

- GERMANO, Heliana Lucena et al. **Direito, comunidade e Ministério Público: Infância e Juventude**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Centro de Estudos e aperfeiçoamento funcional. Natal, 2011.
- FIGUEIRÓ, Martha E. S. da S.; CAMPOS, Herculano R. **Abandono e acolhimento institucional: estudo de caso sobre a maioridade e desinstitucionalização**. [S.I.] 2013. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/view/20315/19591>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- MARTINEZ, Ana Laura Moraes; SILVA, Ana Paula Soares. **O momento da saída do abrigo por causa da maioridade: a voz dos adolescentes**. Disponível em: http://pep-sic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682008000200008. Acesso em: 7 jun. 2019.
- MOREIRA, Idenilse Maria. **ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL: implicações da medida protetiva na vida do jovem egresso**. 2013. 127 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Curso de Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade, Fortaleza, 2013.
- OLIVEIRA, Maria E.; SILVEIRA, Darlene de M. *A trajetória dos direitos no Estatuto da criança e do adolescente, no caso brasileiro*. [S.I.] [?]. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2017/10/TCC-Maria-Eliete-de-Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- RODRIGUES, Rafael F. **O formalismo do processo de adoção, rigorismo excessivo ou proteção ao menor? Implicações jurídicas e psicológicas para o adotante e adotado**. Garça/SP, 2017. Disponível em: <http://www.fae.br/userfiles/files/27%20-%20O%20FORMALISMO%20DO%20PROCESSO%20DE%20ADOCACAO%2C%20RIGORISMO.pdf>. Acesso em 10 jun. 2019.
- SOARES, Helena F. **A criança e o adolescente como sujeitos de direito e a inobservância da doutrina da proteção integral por influência do populismo penal midiático**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v.12 - n.28, 2016. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuaJus/article/download/13712/140-160>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- VARGAS, Rudinei de. **Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de família**. 2015. 70 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2015.

Responsabilidade civil do agente público decorrente de atos de improbidade administrativa

Victória Neves da Silva

1. Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa foi promulgada em 2 de junho de 1992 e até então, inúmeros procedimentos e inquéritos para a apuração de casos de improbidade foram instaurados. As situações investigadas nesses 28 anos envolvem as mais diversas condutas ligadas à má gestão dos agentes ímprobos na administração pública.

Muitas são as práticas ímprobas cometidas pelos agentes públicos, em detrimento do patrimônio social e em ofensa aos princípios constitucionais administrativos, em especial ao princípio da moralidade e ao dever de probidade na administração. Esses sujeitos ímprobos cometem enriquecimentos ilícitos, causam prejuízo ao erário, aplicam indevidamente benefícios financeiros ou tributários e atentam contra os princípios administrativos.

A Lei de Improbidade, elenca tais práticas em quatro artigos diferentes (9º, 10, 10-A e 11) e busca por meio de sanções de naturezas cíveis, político-administrativas e penais, condenar os agentes a quem deveriam zelar pelo regular andamento administrativo.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio de duas ADIn's de nº 280 e nº 2797, entendeu ser o ilícito de improbidade de natureza civil. Porquanto, no presente artigo, terão enfoque as sanções de natureza

civil dispostas na Lei 8429/92 e o estudo da responsabilização civil dos agentes ímprobos, no tocante aos atos por eles praticados.

Este é o principal objetivo desse artigo: analisar a responsabilidade civil do agente público, decorrente de atos de improbidade administrativa. Assim, responsabilizar civilmente um sujeito ímprobo, por seus atos contrários a efetividade na Administração, significa que esse sujeito não ficará impune frente a corrupção cometida e será obrigado a reparar os danos causados, em proteção ao patrimônio público e a sociedade direta ou indiretamente lesada.

2. Noções sobre improbidade administrativa

As atividades essenciais do Estado devem ser exercidas na busca pela satisfação do interesse público e pela proteção de direitos fundamentais. Contudo, essas atividades vêm sendo agredidas pelos atos de improbidade administrativa, sejam eles praticados em uma transgressão culposa ou dolosa, de forma omissiva ou comissiva.

Ao se falar em improbidade administrativa, do Latim *improbitate*, significando desonestidade, o principal fundamento da probidade é contrariado. Este fundamento encontra-se no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, sendo um dos princípios basilares da Administração Pública: o princípio da moralidade.

Segundo Marcelo Figueredo (2010), em estudo sobre probidade administrativa, a probidade constitui uma espécie do gênero moralidade administrativa. Para ele, o princípio da moralidade administrativa direciona a todos os poderes e funções do Estado uma atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade, da probidade; e este último princípio está exclusivamente vinculado ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador, sendo, portanto, um aspecto “pessoal funcional” da moralidade administrativa.

Como bem assevera Juarez Freitas:

Os princípios fundamentais (entre os quais o da moralidade) encontram-se mutuamente relacionados, porém guardam especificidades: não é correto asseverar que a violação de um princípio implique a infração automática dos demais. Os princípios e direitos fundamentais, por assim dizer, tocam-se, todavia a condições para que sejam imediata e nuclearmente tidos como violados, quais sejam: (i1) a violação deve ser grave a ponto de atingir o seu âmago e (i2) o princípio precisa ser alvejado, não remota ou mediatamente, mas em seu círculo eficaz próprio (FREITAS, 2008, p. 1).

Visto isso, no tocante aos atos de improbidade administrativa, há violação imediata e nuclear do princípio da moralidade, associado ao dever de probidade, que sofrem afrontas por parte de agentes públicos e terceiros, em prejuízo ao regular andamento administrativo e, conseqüentemente, a sociedade destinatária dos serviços desempenhados pela Administração.

Ainda no art. 37, em seu parágrafo 4º, da CF/88, os atos de improbidade administrativa são disciplinados com sanções de ordem política, administrativa e patrimonial, quais sejam: a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, com ressalva às possíveis ações penais cabíveis que também podem ser intentadas.

Fábio Medina Osório (2013) afirma que a designação ético normativa da improbidade guarda relações com a ideia de honra no setor público, abrangendo as patologias de graves desonestidades e graves ineficiências funcionais dos homens públicos, como espécie de “má gestão pública”; e que a honra profissional pode ser afetada não apenas por atos dolosos, mas também por atos culposos.

Com tudo isso, percebe-se, claramente, uma afronta ao Estado e à sociedade vigente, por parte desses agentes ímprobos, que podem causar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, aplicações indevidas de benefícios financeiros ou tributários ou violações diretas dos princípios administrativos, como consta, respectivamente, nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8429/92.

A Lei de Improbidade Administrativa, nº 8429/92, promulgada em 2 de junho de 1992, buscou, justamente, regulamentar o art. 37, § 4º, da

Constituição Federal, ao definir o sujeito passivo, ativo, qual a tipologia dos atos ímprobos, suas sanções e os procedimentos administrativos e judiciais cabíveis.

Ademais, como já ressaltado, estão previstas na lei 8429/92 sanções de natureza penal, administrativa e civil, sendo que uma conduta pode gerar três ações de naturezas distintas, independentemente, considerando o princípio da independência das instâncias do nosso ordenamento jurídico brasileiro; e, como o Supremo Tribunal Federal, através das duas ADI's 2860 e 2797, entendeu que o ilícito de improbidade é de natureza eminentemente civil dar-se-á enfoque, portanto, na responsabilidade civil para os agentes que cometem atos de improbidade.

3. Sujeitos Ativos e Passivos dos atos ímprobos

Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Filho (2003), ressaltaram a importância dada ao patrimônio público, através da Lei de Improbidade. Esse patrimônio é formado pelo conjunto de bens públicos, definidos no art. 99, I a III, do Código Civil de 2002 e, através da Lei 8429/92, estão elencados os sujeitos que atentam contra esses bens e contra a Administração Pública como um todo, bem como os sujeitos atingidos, diretamente, pelos atos de improbidade.

Para o legislador, os atos de improbidade poderão ser praticados “por qualquer agente público”, entendendo-se este como aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, carga, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992). Estes são, portanto, os sujeitos ativos dos atos ímprobos, como dispõem os artigos 1º e 2º da Lei 8429/92.

Assim, qualquer pessoa vivente em sociedade, em especial o homem público, na medida em que dirija seus passos no sentido do locupletamento pessoal, do tratamento da coisa pública em função dos próprios interesses

e do descumprimento dos princípios constitucionais vigentes, deve ser chamada à responsabilidade. (FRANCO JUNIOR, 2015).

Por sua vez, os atingidos pelos atos de improbidade, como consta no caput do art. 1º da Lei 8429/92, são:

(...) a Administração direta, indireta, ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, e de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Além desses citados no caput do art. 1º da Lei de Improbidade, ressaltem-se no parágrafo único do mesmo artigo:

(...) os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Porém, como disposto no parágrafo acima, os sujeitos ativos que atingem tais entidades estão limitados a receber sanções patrimoniais à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Visto isso, como a lei, de fato, quer proteger os recursos públicos em seu mais amplo espectro e moralidades, considerou no art. 3º que, subjugados às suas regras estão, também, terceiros que não agentes públicos, mas que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indiretamente. Assim, como dispõe Marcelo Figueiredo (2010), o servidor ou agente público é o autor do ato estatal lesivo, pois é ele quem dispõe dos meios de condições para tanto, e o terceiro, ou particular, induz ou concorre para a prática do ato administrativo imoral, sendo um copartícipe.

Por fim, ainda com relação aos sujeitos ativos, é digno de nota que a Lei de Improbidade em seu art. 8º dispõe que o sucessor causa mortis daquele que causar dano ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente

ficará subjugado às cominações referidas na lei (tradadas mais adiante), até o limite do valor da herança (BRASIL, 1992).

4. Condutas que geram a improbidade

Na Lei 8.429, de 1992, os atos de improbidade estão disciplinados, respectivamente, em seus artigos 9º, 10, 10-A e 11, sendo estes: atos que importam enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário; atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. (BRASIL, 1992). Ressalte-se que a Lei tipifica um rol meramente exemplificativo das modalidades previstas como atos de improbidade administrativa, elencando as espécies mais frequentes na sociedade, fato que não impede a responsabilização civil de outras condutas não elencadas nos artigos, mas que também se enquadram como atos ímprobos.

Segundo o art. 9º, caput, há o enriquecimento ilícito quando o agente auffer qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão de seu vínculo com a administração pública. Essa vantagem patrimonial, a que se refere o artigo, segundo Marcelo Figueredo (2010), não significa apenas o caráter econômico, mas inclusive, o aspecto da moralidade administrativa, no sentido ético da conduta praticada. Ele afirma que a expressão “vantagem econômica” veio definida no art. 7º, em seu parágrafo único da Lei 3.502 de 1958 (lei revogada pela LIA), e compreende genericamente todas as modalidades de prestações positivas ou negativas de que se beneficie quem auffer enriquecimento ilícito. Como exemplo de condutas que gerem enriquecimento ilícito, pode-se mencionar a utilização de dinheiro público para a promoção política pessoal; a acumulação de cargos com incompatibilidade de horários, bem como a prática do nepotismo.

Ainda nesse dispositivo, a lei enumera doze incisos que dispõem específicas maneiras de enriquecimento ilícito. Como exemplo concreto de alguns desses incisos elencados, destaque-se o recebimento de vantagens e gratificações indevidas e o recebimento de remuneração sem prestação

de serviços (inciso I); o uso indevido de bens públicos e dos serviços da procuradoria jurídica pública (inciso IV); a evolução patrimonial desproporcional (inciso VII); a apropriação indevida de valores públicos (inciso XI) e a utilização indevida de veículo público (inciso XII) (BRASIL, 1992).

Ressalte-se a previsão do inciso VII, segundo o qual é ato de improbidade o aumento patrimonial injustificado, em que há desproporção entre as rendas e rendimentos auferidos pelo agente público e sua respectiva capacidade de adquirir bens. Visto isso, a fim de que se possa apurar objetivamente o acréscimo patrimonial ilegal, a lei de Improbidade, em seu art. 13, condiciona a posse e o exercício do agente público à apresentação de declaração, anualmente atualizada dos bens e valores que compõem seu patrimônio privado.

Não bastasse, a Lei 8730/93 exige do agente público, que toma posse, a declaração de seus bens, justamente, com o objetivo de saber se o valor da remuneração percebido pelo agente condiz com a sua evolução patrimonial, exigindo-se a indicação das fontes desses bens, para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Meirelles (2016), ao se referir a essa espécie de improbidade, afirma que há a necessidade da inversão do ônus da prova, pois o enriquecimento ilícito é presumido. Desta feita, cabe ao agente público a prova da licitude do acréscimo patrimonial, indicando a origem dos recursos necessários à aquisição. (MEIRELLES, 2016).

Em seguida, o art. 10, da Lei 8429/92, em sua literalidade, dispõe que:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...).

O erário consiste no dinheiro que o Governo dispõe para administrar o país, que constitui o conjunto de bens, composto pelos recursos financeiros, tesouro nacional, etc. Contudo, a jurisprudência tem entendido que

o termo “patrimônio público” tem que ser interpretado de maneira ampla, para englobar, além do patrimônio financeiro, outros valores (ex.: lesão ao patrimônio histórico, cultural, artístico, moral, paisagístico etc.), (LORDELO, 2016).

Ademais, ao serem tipificadas condutas que o lesionem, com esse dispositivo, constataram-se os elementos subjetivos tanto dolosos quanto culposos, que podem estar presentes nas condutas dos agentes ímprobos, alternativamente. Como exemplo de condutas, dentre os vinte e um incisos elencados nesse artigo, tem-se a doação indevida de valores públicos (inciso III), contratação direta, em hipótese de inexigibilidade de licitação não configurada (VIII), ação negligente na arrecadação de tributo ou renda (X) e liberação de recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas, sem a estrita observância das normas pertinentes (inciso XX) (BRASIL, 1992).

No tocante a inclusão proporcionada pela Lei Complementar 157 de trinta de dezembro de 2016, houve a criação da Seção II-A, bem como a inserção do artigo 10-A na Lei 8429/92, mais nova modalidade de ato de improbidade administrativa: atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. Tal modalidade traz aspectos de nítido relacionamento entre os atos já tipificados como causadores de prejuízo ao erário, do art. 10 da LIA (SAEGER, 2017).

Os atos elencados no art. 10-A, da LIA, constituem em qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário, contrário ao que dispõem o caput e o §1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Estes dispositivos referem-se a alíquota mínima do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), que como dispõe o caput do art. 8º-A da LC 116/03, é de 2% (dois por cento). Ademais, tem-se no §1º desse mesmo artigo que:

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da

aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa Lei Complementar 116 de 2013.

Assim, pelo novo art. 10-A da LIA, haverá ato de improbidade administrativa quando o ente público: (i) fixar alíquota do ISS em patamar inferior a 2%; e/ou (ii) conceder isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro relativo ao INSS que resulte em carga tributária inferior a 2% (MARCHESI, 2017).

Visto isso, como um exemplo claro desse ato de improbidade, tem-se a concessão de isenção fiscal de ISS, por determinado Prefeito, em contrariedade ao art. 8ºA da LC 116/2003; fato que configura ato de improbidade administrativa, em sua forma comissiva.

Sobre o disposto no art. 11, elencam-se as violações contra os princípios da administração pública. Extrai-se desse artigo que ainda que não haja dano material efetivo ao patrimônio público é possível à responsabilização por improbidade administrativa. Segundo jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, para o enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. (STJ - EREsp: 1182966 , Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Publicação: DJ 11/10/2010). Assim, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições administrativas caracterizarão atos de improbidade.

Dentre os dez incisos que elencam condutas violadoras dos princípios administrativos, no art. 11 da Lei de Improbidade, pode-se mencionar, como exemplos concretos, declarações falsas em documentos públicos (inciso I), a prática de retardamento de publicação de lei (inciso IV), a ausência de prestação de contas ao tribunal de contas dos Municípios (inciso VI) e o mais recente ato: a transferência de recursos a entidade privada, em razão de prestação de serviços na área de saúde, sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênera (inciso X).

Segundo Lordelo (2016, p.17), ao referir-se sobre o enquadramento de um ato administrativo:

Se uma mesma conduta gera enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação a princípios, deve ser escolhida a modalidade mais grave (princípio da consunção). É muito comum aparecer em provas condutas que podem se encaixar tanto no art. 9º quanto no art. 10 e no art. 11 da LIA. Neste caso, deve ser seguida uma ordem de gravidade (primeiro sempre a medida mais grave, afastando-se as outras). A ação do agente é que define o ato de improbidade (LORDELO, 2016, p.17).

Isto posto, a ação do agente define o ato de improbidade administrativa e dá ensejo as sanções cabíveis definidas na LIA, bem como à responsabilização civil devida.

5. Responsabilidade civil em seus aspectos gerais

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2018, p.19), “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade”. Nas palavras de Pablo Stolze, diz-se que:

(...) a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas. (STOLZE, 2019, p.54).

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, p. 157). Visto isso, faz-se necessária a identificação dos quatro elementos gerais e essenciais para a configuração da responsabilidade civil, sendo estes: ação ou omissão; dano ou prejuízo; culpa ou dolo do agente e nexo de causalidade (GONÇALVES, 2018).

Para a análise do presente artigo, merece destaque a conceituação do elemento dano, bem como suas classificações, para o Direito Civil brasileiro. Pablo Stolze (2012, p.88) conceitua o dano como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Além disso, para a identificação do dano como sendo indenizável, é necessária a conjugação dos seguintes requisitos mínimos: a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) a certeza do dano e c) a subsistência do dano.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira costuma classificar o dano em material e moral. Para Carlos Roberto Gonçalves (2018), o dano material é aquele que afeta somente o patrimônio do ofendido e o moral o que atinge o ofendido como pessoa, não lhe atingindo o patrimônio, mas sim, os seus direitos da personalidade (GONÇALVES, 2018). No que diz respeito ao dano material, convencionou-se a análise de suas duas espécies: a) o dano emergente – correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima e b) os lucros cessantes – correspondente aquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano.

Por fim, deve-se destacar que o Direito Civil brasileiro adota dois tipos de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A primeira delas, como regra, extraída do já mencionado art. 186 CC/02, demonstra a necessidade da comprovação da culpa em sentido amplo (ato intencional; negligência; imprudência ou imperícia), para a caracterização da responsabilidade civil. Já a responsabilidade objetiva, consagrada no parágrafo único do art. 927 do CC/02, funda-se no risco de determinada atividade, em que há uma dispensa da comprovação de culpa para que certos indivíduos sejam responsabilizados. (BRASIL, 2002).

Como bem preleciona Pablo Stolze (STOLZE, 2019, p. 61):

A nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco

desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), ex vi do disposto no art. 927, parágrafo único.

Visto isso, analisar-se-á o tipo de responsabilidade civil para os atos de improbidade administrativa, bem como as consequências de tal responsabilidade para o agente ímprobo.

6. Das sanções de responsabilidade civil presentes nos atos de improbidade administrativa

Sobre a responsabilidade civil nos atos de improbidade administrativa, presente na Lei 8429/92, logo em seu art. 5º o legislador ressalta que havendo “lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (BRASIL, 1992, p. 1718).

Visto isso, Fábio Medina Osório (2013), ressalta que o ressarcimento do dano encarregado pelos sujeitos ativos dos atos ímprobos, deve-se fundar na responsabilidade subjetiva. Ele enfatiza que a improbidade administrativa envolve de modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo-se a responsabilidade objetiva (OSÓRIO, 2013).

Como já ressaltado, a responsabilidade na modalidade objetiva é uma exceção e, como exemplo, ela está prevista no disposto do art. 37 § 6º da Constituição Federal, com relação à responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que as ações de seus agentes, nesta qualidade, causem a terceiros. Esse dispositivo, portanto, comparativamente, difere-se da responsabilidade dos agentes ímprobos, que necessita esta da comprovação de culpa.

Merece relevância que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º, 10-A e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo e nas hipóteses do art.10 da

LIA, admite-se, expressamente, além do dolo, a comprovação de culpa em sentido estrito (BRASIL, 1992). Porém, em nenhuma das hipóteses legais, diz-se que a conduta do agente pode ser considerada apenas do ponto de vista objetivo.

Como já exposto, deve-se ressaltar que a responsabilidade civil é independente da responsabilidade criminal, existente nos atos de improbidade administrativa por expressa previsão normativa (art. 1525 do CC, c/c art. 64 do CPP). De todo modo, destaque-se que a absolvição criminal somente tem repercussão nas instâncias cíveis ou administrativas quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato criminoso ou afasta a sua autoria. Logo, apesar da regra do princípio da independência das instâncias, em algumas situações deve-se analisar o que foi decidido no juízo criminal, repercutindo, assim, no cível.

As sanções dispostas na Lei de Improbidade, através do artigo 12, são de natureza condenatória, desconstitutiva e restritiva de direitos. As sanções restritivas de direito são: suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A sanção desconstitutiva é prevista na LIA pela perda da função pública. Por fim, as sanções condenatórias e que possuem natureza civil são: ressarcimento do dano, pagamento de multa e perda de bens ou valores (BRASIL, 1992).

Interessante frisar que não somente o dano material, mas também o dano moral à Administração deve ser ressarcido. O art. 12 da LIA refere-se ao ressarcimento integral do dano e esse ressarcimento é tão importante que, conforme o art. 37, §5º da Constituição Federal, a ação de improbidade quando visa o ressarcimento ao erário é imprescritível, em tratando-se de condutas dolosas (BRASIL, 1988). A condenação a seguir, por ato ímprobo comissivo, ratifica esse posicionamento constitucional:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUSTEIO, COM RECURSOS PÚBLICOS, DO TRATAMENTO DE SAÚDE DE SERVIDOR DO TRT/PB. CONFIGURAÇÃO DE CONDOTA ÍMPROBA. CONDENAÇÃO DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

APELAÇÕES IMPROVIDAS. 1. Apelações interpostas contra sentença proferida nos autos de ação de improbidade administrativa, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus SEVERINO MARCONDES MEIRA e MARCELO CAPISTRANO DE MIRANDA MONTE, juiz aposentado do TRT – 13ª Região e servidor do TRT – 13ª Região, respectivamente, ao ressarcimento integral do dano, em favor da UNIÃO, no valor de R\$ 6.632,78 (sei mil, seiscentos e trinta e dois reais e setenta e oito centavos). 2. No tocante à prescrição, impõe-se aplicar o comando do art. 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que diz respeito à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário em decorrência de ato ilícito praticado, como ocorre no caso da ação de improbidade administrativa. 3. Configurado o ato de improbidade, independente das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica, o responsável pelo ato fica sujeito às penalidades descritas nos incisos I a II, do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA. 4. Hipótese em que o julgador de origem analisou suficientemente os atos de improbidade arrolados aos apelantes, reconhecendo a prática da conduta ímproba tipificada no art. 10, da Lei nº. 8.429/1992, com a imputação da pena de ressarcimento integral do dano. 5. Diante das provas dos autos, irreparável a sentença recorrida que merece ser mantida na íntegra, o que inclui, a tipificação e a sanção aplicada. 6. Apelações improvidas. (TRF-5 – AC: 200882000058928, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 17/12/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 19/12/2013)

A respeito dos danos materiais e morais, oriundos dos atos de improbidade administrativa, bem enfatiza Franco Júnior (2015):

Considerando que a finalidade do diploma é, além do sancionamento dos atos de improbidade, também a tutela do patrimônio material e moral da Administração, é possível a imposição da obrigação de indenizar o dano imaterial experimentado pela entidade pública. Também a Administração Pública tem lesados, nos casos de improbidade, os seus bens jurídicos imensuráveis materialmente, os seus valores ideais, sobretudo a moralidade (patrimônio moral) e a sua reputação de pessoa jurídica de direito público. O agente ímprobo denigre a imagem do órgão ou instituição, expondo-o aos olhos de todos como aparelho orquestrado para a locupletação, lugar de corrupção, núcleo de malversação do dinheiro do povo. Daí porque, além da indenização material, devem os responsáveis ser condenados a recompor financeiramente as deformações que provocaram na imagem da própria Administração Pública. (FRANCO JÚNIOR, 2015, p. 14).

As penalidades dos atos que importam em enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), lesão ao erário (art. 10) e atentam contra os princípios administrativos (art. 11) são qualitativamente idênticas nos três casos. O que varia é o aspecto quantitativo ou dimensional. (FRANCO JÚNIOR, 2015). Visto isso, há previsão de ressarcimento integral do dano, para as três modalidades de atos de improbidade referidas, segundo disposto no art. 12, incisos I, II e III da LIA (BRASIL, 1992).

Em relação a sanção referente a perda de bens e valores, há previsão para os atos que importem enriquecimento ilícito e pra os que causam prejuízo ao erário. Ressalte-se quanto a essa sanção, que a LIA faz acrescentar a expressão “se concorrer esta circunstância”, no inciso II do art. 12 (para os atos que prejudicam o erário), inexistente no tratamento da improbidade por enriquecimento ilícito (art. 12, I). Essa diferença se faz necessária, porque “nas condutas ímprobas por locupletamento sem causa, previstas no art. 9º da LIA, pressupõem ofensa direta e frontal à boa administração e à moralidade pública”, como preleciona Figueiredo (BRASIL, 1992) (FIGUEIREDO, 2010, p.16).

Diferentemente dos demais atos, no que concerne ao novo ato de improbidade, disposto no art. 10-A da LIA, além das sanções de natureza desconstitutiva e restritiva de direitos, somente há a possibilidade de aplicação da multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário, concedido, não havendo que se falar em ressarcimento do dano ou perda de bens e valores, como dispõe o art. 12, IV da LIA (BRASIL, 1992).

A multa civil é prevista para os quatro tipos de atos de improbidade administrativa, de forma quantitativamente diversa; e esta sanção não pode ser confundida como forma de indenização aos danos ocasionados por um ato ímprobo. A multa civil decorre, meramente, do cumprimento de determinada obrigação imposta pela lei e segundo Osório (2013), ela não é o veículo próprio e adequado para o ressarcimento (OSÓRIO, 2013). Já a indenização visa, justamente, a recomposição do patrimônio danificado.

Em síntese, o caso concreto determinará qual ou quais penas serão aplicadas, cuja infração dependerá da gravidade do fato, da conduta do agente, do grau de culpa, de seu passado funcional, da análise do dano, sua extensão, dentre outros critérios; imbuído, assim, o juiz, do espírito de razoabilidade e proporcionalidade da infração cominada à conduta ilícita, segundo afirma Figueiredo (FIGUEIREGO, 2010). Logo, como disposto no parágrafo único do art. 12 da lei 8429/92, para a fixação das penas previstas nesta lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 1992).

Conclusão

Por todo o exposto, percebe-se que para a concretização do princípio da moralidade administrativa e do dever de probidade na Administração, o legislador infraconstitucional fez editar a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa. Não obstante a importância dessa legislação no cenário nacional, sobretudo porque tornou mais efetiva a punição aos atos de corrupção contra a Administração Pública, ainda há um longo caminho a percorrer para sua plena eficácia.

Na Lei de Improbidade Administrativa, os atos ímprobos elencados nos art. 9, 10, 10-A e 11 (atos que importam em enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário; atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública) são meramente exemplificativos e muitos outros podem ser enquadrados como atos de improbidade, no cenário nacional.

No tocante a responsabilidade civil dos agentes ímprobos, esta se faz extremamente necessária, para que se proteja o patrimônio público, a probidade e a moralidade administrativa, defendidos constitucionalmente. Essa proteção deve se dá justamente, com a aplicação das sanções elencadas na LIA, para que os agentes ímprobos possam ser punidos e reparem os danos causados a Administração Pública.

Os atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos ou terceiros que induzam ou concorram para praticá-los podem ensejar danos materiais e imateriais em detrimento da sociedade, dependendo do tipo de conduta ímproba praticada. Tais condutas não podem ser vistas como corriqueiras, sem nenhum tipo de punição pelo Poder Judiciário. Assim, reconstituir o dano patrimonial e a moralidade administrativa, torna-se essencial para a conservação da seriedade das instituições públicas brasileiras.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 992845**. Acórdão da 1a. Turma do STJ. Relatora: Ministra Denise Arruda Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062158/recurso-especial-resp-992845-mg-2007-0231430-0-stj/relatorio-e-voto-12198658>> Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 977093/RS**. Acórdão da 2ª. Turma do STJ. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110598/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1245622-rs-2011-0046726-8-stj/inteiro-teor-21110599>> Acesso em: 25 nov. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella; FILHO, Pedro Paulo. **Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais**. 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva. 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. – São Paulo: Lumen Juris. 2011.

FRANCO, Raul de Mello. **Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/Responsabilidade%20Civil%20por%20ato%20de%20improbidade%20administrativa.pdf> Acesso em: 2 abril. 2019

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8429/92 e legislação complementar**. 6ª Ed. – São Paulo: Atlas. 2010.

FREITAS, JUAREZ. **O princípio constitucional da moralidade e o novo controle das relações de administração**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil: v.4. 13ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

JUNIOR, Carlos Humberto. **Improbidade Administrativa e Dano Moral Coletivo**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União – Brasília. 2009.

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 20 setembro. 2019.

LORDELO, João Paulo. **Manual Prático de Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. - Revisada. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/256fe5_0294cafec69d48ba85bd4f920b35e005.pdf> Acesso em: 02. jun. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

NEPOMUCENO, Eduardo. **Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa**. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm? http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html)> Acesso em: 23 abril. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Probidade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.medinadosorio.adv.br/probidade-administrativa/>> Acesso em: 10 maio. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Probidade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.medinadosorio.adv.br/probidade-administrativa/>> Acesso em: 10 maio. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. Revista dos Tribunais: 2013.

REVERÊDO, Livia. **Repercussão da sentença penal absolutória na seara administrativa**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38802/repercussao-da-sentenca-penal-absolutoria-na-seara-administrativa/2>>. Acesso em 20 maio. 2019.

STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil: v.3. 17ª Ed. – São Paulo: Saraiva. 2019.

A dificuldade teórico-prática da efetivação dos direitos humanos no mundo contemporâneo: quando a cultura colidiu com o direito

*Walter Rego Ferreira Filho*¹

1. Introdução

Os direitos humanos representam um conjunto de prerrogativas *reconhecidas* ao indivíduo em decorrência de algo que lhe é intrínseco: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), núcleo axiológico do Estado Democrático de Direito Contemporâneo.

Ao indivíduo, garante-se uma *dupla proteção jurídica*, em âmbito nacional e internacional, no último caso após esgotados os recursos internos. Sendo o indivíduo sujeito de Direito à luz dos Direitos Humanos Internacional, há um dever de consideração e respeito à sua individualidade, dentro e fora do Estado.

O presente artigo gira em torno desse tema atual, cuja dificuldade de proteção é enfrentada há muito tempo ao longo da história da humanidade.

Em um primeiro momento, expôr-se-á o longo caminho percorrido para a consolidação do sistema de proteção de direitos humanos, sendo estes um todo indivisível e que compreende não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômico, culturais, entre outros.

¹ Graduado em Direito pelo Instituto Camillo Filho. Pós-Graduado em Direitos Humanos e Pós-Graduando em Direito Público. Pós-graduando em Direito e Advocacia Pública na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ).

Nesse cenário, foi a Segunda Grande Guerra marco que culminou na percepção de Direitos Humanos como algo que transcende aos interesses exclusivos do Estado ao qual o indivíduo se vincula, sendo um assunto de intensa preocupação internacional, devendo a comunidade internacional conjugar esforços para garantir a sua efetividade.

Na segunda parte do estudo, o autor demonstrará uma complexidade adicional na problemática de efetivação dos direitos humanos, inclusive direitos de segunda dimensão, uma vez que a própria conceituação do termo ainda é algo que gera enormes dificuldades práticas, quer seja entre doutrinadores, quer seja entre os países integrantes da comunidade internacional.

Isso se dá, em larga medida, devido ao fato de a cultura ser uma construção metajurídica que influi diretamente na criação de normas, variantes de um Estado para outro.

Debruçar-se-á sobre as principais teorias em torno do tema: o relativismo cultural, que prega que não há que se falar em direitos humanos universais, posto que eles são criações do mundo ocidental a fim de impor a sua visão sobre a sociedade como um todo, notadamente sobre o Oriente, onde a cultura ainda é bem diferente.

Lado outro, o universalismo concebe os direitos humanos como algo universal e derivado da dignidade da pessoa humana, a qual nos é inerente enquanto espécie única, não precificável, sendo descoberta pelos sentidos e razão.

Por fim, na terceira parte, analisar-se-á de modo pragmático o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como ferramenta adicional em prol do indivíduo cujos direitos foram violados. Afinal, não é “sexo dos anjos” a ideia de que Estados costumam ser os principais violadores de direitos humanos. Eis o que a história demonstra.

Oportuno ressaltar, ao fim e ao cabo, que o estudo terá como foco a dificuldade de chegar a um consenso em torno do tema, inclusive quanto às formas de proteção, não analisando esmiuçadamente nenhum dos sistemas específicos de proteção (africano, americano e europeu).

A principal contribuição pretendida pelo presente trabalho é despertar a percepção da necessidade de flexibilizar a ideia de soberania, no sentido de Poder Absoluto no plano interno e externo, voltando-se os olhares à máxima proteção do ser humano, insuscetível de instrumentalização em prol de interesses alheios.

2. O que nos faz humanos: Limpando O Sangue Derramado Para Ver O Que Sobrou Da Humanidade

Pilar estruturante do nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana constitui o princípio-síntese das ordens jurídicas contemporâneas. Nem sempre foi assim. Durante muito tempo, o ser humano foi relegado a um segundo plano em uma visão relacional de súdito-soberano.

Não bastaram grandes guerras para consolidar, universalmente, a visão de que o ser humano deve ser o foco de qualquer ordenamento jurídico, cuja razão de ser repousa nele próprio.

A duras penas, houve o cometimento de inúmeras atrocidades sob o crivo da legalidade estrita. Começou-se a pensar, então, o quão insatisfatória era a proteção concedida ao indivíduo, diante de transgressões a direitos que não devem ser suprimidos quando o indivíduo se propõe a viver em sociedade.

Conforme salienta Cassesse (1990), “as pessoas necessitavam sofrer um choque profundo e radical, a fim de repensar as estruturas e padrões sociais e decidir renovar as bases da coexistência humana, no esforço de adaptar este novo desenvolvimento em realidade”.

E, como não poderia ser diferente, grandes abusos impescindem de grande reflexão. A virada *kantiana* mudou a radicalmente a forma como se enxerga o Direito. Dita Buergenthal (1988, p.17):

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações

poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Assim, percebe-se que o principal legado deixado pelos horrores do nazismo foi a percepção de que o maior direito inerente à condição humana é o direito a ter direitos. Suprimi-los é atentar contra a própria razão de ser do ordenamento jurídico, que parte do homem e para ele converge.

No centro, há a dignidade da pessoa humana como um superprincípio, servindo de matriz axiológica para produção de mais normas visando tutelar o sujeito enquanto titular de direitos.

O princípio promove a reaproximação da ética e do direito, sobretudo após os terrores do holocausto, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ter indeclinável função normativa, devendo ser relegada qualquer conduta que permita a objetificação do mesmo.

Nas lições deixadas por Arendth (2005), se para alguma coisa serviram os tempos sombrios, tal serventia advém da certeza de que a eles não devemos retornar. Infere-se daí postulado que deve reverberar ao aplicar qualquer enunciado normativo: pessoa não é coisa e não deve ser tratado como tal.

2 Quando a cultura colidiu com o direito: Por Limites Jurídicos Às Práticas Culturais: Relativismo Cultural V. Universalismo De Direitos

Duas concepções antagônicas visam explicar a origem das normas de direitos humanos. O problema da efetivação dos direitos humanos, em grande parte, gira em torno da impossibilidade de conciliação entre ambas as teorias e do enfoque pelo qual cada uma olha para os direitos humanos.

Para o relativismo, culturas diferentes são regidas por normas morais diferentes. Em razão disso, o que pode parecer errado do ponto de vista de uma pessoa que nasceu e vive na Índia, nem sempre o será se analisado por um sujeito que vive no Brasil.

Segundo Rachels e Rachels (2013):

Com efeito, o relativismo cultural afirma que não há tal coisa como verdade universal na ética. Há somente os vários códigos culturais e nada mais. O relativismo cultural desafia a nossa crença na objetividade e na universalidade da verdade moral.

Defende, portanto, que sociedades diferentes não possuem o mesmo código moral. Regras morais que aqui imperam, no Oriente Médio são, por vezes, inexistentes. Desconsiderar o pluralismo de ideias e de culturas é impor uma visão de mundo sobre o diferente.

Em posição diametralmente oposta, a teoria da universalidade dos direitos, cujo precursor foi Immanuel Kant, funda-se na concepção de ser humano como fim em si mesmo. O simples fato de ser humano garantiria uma série de prerrogativas ao indivíduo, pouco importando onde ele vive ou o Estado a que pertence.

Ou seja, os universalistas atestam que qualquer prática violadora da dignidade da pessoa humana, ainda que fosse tolerável do ponto de vista cultural, deve ser repudiada, pois a dignidade da pessoa humana é valor intrínseco do ser humano e insuscetível, portanto, de flexibilização. Logo, se todos os seres humanos têm tal atributo intrínseco a si, todos devem gozar dos mesmos direitos e de igual respeito.

Piovesan (2016, p. 237) afirma que “na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças”.

Assim, resulta o universalismo de uma visão fundada em uma visão dominador-dominado, daí advindo a sua ilegitimidade para sustentar a existência de direitos humanos.

Não se pode olvidar que um dos fundamentos da *Antropologia* enuncia que todas as culturas são *igualmente* significáveis. Consequentemente, toda cultura merece respaldo e proteção jurídica.

Apesar de o relativismo cultural ter a sua importância, considerar que toda prática cultural é legítima implica na perpetuação de opressões históricas. Ocorre que o progresso moral é fenômeno inevitável e está presente no mundo, como um todo.

A evolução social demonstra que costumes que hoje são tidos como corretos, no passado, não os foram. Outros tidos como incorretos até então, hoje são considerados corretos. O Direito tem uma função emancipatória, quando cuidadosamente utilizado, o que se percebe em diversas decisões de Cortes Constitucionais contemporâneas, em uma função iluminista do Direito.

A título de ilustração, citemos o exemplo que afirma ser inconcebível hoje em dia a adoção da escravidão como modo de produção em uma sociedade.

Na verdade, o problema de reconhecimento e proteção dos direitos humanos está atrelado **não** à falta de fundamentos que justifiquem a proeminência do ser humano na ordem jurídica. A dificuldade maior repousa na falta de vontade política de efetivar os direitos humanos e fazer com que eles saiam do plano abstrato, passando a ser concretamente garantidos. Nas palavras de Bobbio (1992, p.23-24):

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um fundamento não filosófico, mas político. É inegável que existe uma crise de fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto do que se perdeu. Nossa tarefa hoje é muito mais modesta, embora mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime, porém desesperado — mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis — empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso — não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito podem ser realizados.

O indivíduo não pode continuar sendo tratado, aqui ou em qualquer lugar do mundo, como objeto ou como meio apto a realizar os objetivos de alguém. O indivíduo é fim em si mesmo. Dele, parte o ordenamento jurídico e para ele deve convergir todos os esforços em busca de sua proteção.

Faz-se mister considerar que nenhuma prática cultural pode ser desrespeitada. Cada cultura deve ser tolerada e respeitada devido ao pressuposto de que não cabe a nenhum Estado apontar o dedo para outro sob a justificativa de que sua cultura é melhor que a dele, o que acarretaria inclusive o efeito dúplice de permitir que outros Estados apontassem o dedo para ele sob o mesmo fundamento. Porém, tolerar não é sinônimo de aceitar.

Rachels e Rachels (2013, p. 38) esclarece que:

A tolerância é, sem dúvida, uma virtude – uma pessoa tolerante pode viver em paz com aqueles que veem as coisas diferentemente. Mas nada que concirna à tolerância requer de nós sustentar que todas as crenças, todas as religiões e todas as práticas sociais são igualmente admiráveis. Pelo contrário, se nós não pensássemos que algumas coisas são melhores do que outras, então não haveria nada para tolerarmos.

A superação de uma prática cultural, evidentemente, não é um processo instantâneo. É mecanismo a ser implementado, gradativamente, tendo em vista a obrigação de fazer ceifar qualquer violação aos direitos humanos, decorrência do compromisso universal de proteção ao indivíduo firmado em cima de todo o sangue que fora derramado ao longo de toda a nossa história.

Imprescindível para que haja a efetivação dos direitos humanos que o poder seja exercido sem o uso de violência, no contexto de uma comunicação livre. Conforme as lições de Hannah Arendt (2003), o exercício do poder deve se dar sem o uso da violência, devendo haver um consenso participativo e dialogal e não uma utilização do mesmo como mecanismo de controle e opressão. Afinal, só onde há diálogo, há direitos e é este diálogo que legitima a flexibilização da soberania estatal, antes tida

como absoluta, diante dos influxos trazidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3 Resistência no reconhecimento de prerrogativas ao indivíduo e reflexos na implementação dos direitos sociais

Os direitos humanos constituem um bloco uno e indivisível. Convivem, concomitantemente, direitos de primeira dimensão — *abstenção estatal* — e direitos de segunda dimensão — *prestação positiva exigíveis do Estado*. Não há sucessão de direitos humanos no tempo, no sentido de haver substituição das conquistas antigas por novas conquistas.

Ao contrário, o modo como o Estado assegura a um indivíduo direitos civis e políticos pode refletir diretamente no grau em que se dará a efetivação dos direitos sociais.

Por exemplo, em alguns países onde predomina o islamismo, é prática recorrente a excisão, amputação do órgão genital feminino visando evitar que as mulheres sintam prazer na relação sexual. São países onde vigora uma cultura baseada na opressão da mulher, tida por vezes como objeto cujo proprietário é o homem.

Diante da negativa de diversos direitos civis e políticos às mulheres, nega-se também inúmeros direitos sociais, o que mostra a interdependência entre os direitos humanos.

Muitas vezes, mulheres são impedidas de irem a universidades sem a autorização do marido, e o seu direito social à educação acaba sendo vilipendiado. Isso resulta de uma estrita interpretação da *Sharia* (lei islâmica), que impõe muitas restrições às mulheres, baseadas em leis e tradições que fortalecem o poder dos homens.

Composto por direitos indivisíveis, uma ofensa a qualquer componente do bloco ricocheteia todos os demais direitos. Logo, é o reconhecimento de algumas práticas culturais como ilegítimas fator necessário a fim de garantir o pleno usufruto de garantias inerentes a

qualquer cidadão, sujeito de direitos perante a comunidade internacional, independentemente de raça, cor, gênero e religião.

Habermas (1992, p.39) dispõe que "Os princípios morais de origem juracional são hoje parte integrante do Direito Positivo". O sistema jurídico do mundo contemporâneo gira em torno de valores fundamentais que detêm verdadeira função normativa e que devem ser implementados gradativamente na ordem interna dos Estados.

Deve haver a plena superação da velha ideia de soberania estatal como pressuposto absoluto insuscetível de qualquer ponderação. Flexibilizando tal princípio, atingir-se-á o objetivo central da ordem internacional na atualidade: proteger o indivíduo como sujeito de direitos.

Tarefa esta, como já se salientou, árdua, mas que encontra no diálogo o principal instrumento de transformação. Por muito tempo, os canais de participação estiveram fechados, não sendo ouvido aquele que é o principal interessado na formulação de políticas públicas: o cidadão.

É essencial a existência de um ambiente dialógico, onde a democracia possa ser uma construção, e não um dado apriorístico.

Considerações finais

Os direitos humanos, diante de todas as atrocidades cometidas sob o manto da legalidade, representam garantias indeclináveis de toda pessoa, em todos os tempos e em todos os lugares. Decorrem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), formando um complexo de direitos indivisível e interdependente, ainda que tenham surgido em momentos diferentes da história.

Hoje, em um mundo globalizado, as barreiras entre Estados outrora soberanos diminuem cada vez mais, principalmente quando o tema em pauta é a proteção do ser humano.

Há uma dívida histórica com a humanidade. Mitigar a noção de soberania, inclusive no que toca às diretrizes para satisfação de direitos

sociais, é o caminho a ser seguido, com a atenuação das divergências culturais em um mundo plural.

O passo inicial foi dado há alguns anos atrás, quando se superou a visão de que o Direito Internacional existia apenas para regular as relações entre Estados soberanos. O sucesso dessa empreitada depende de uma construção dialógica, coletivamente, por todos nós.

Como lembra Bobbio: “Para enfrentar as novas tarefas, é preciso não se abater diante da primeira ventania, e aguardar confiantes a bonança que se segue à tempestade”. O caminho é longo e cheio de obstáculos, mas a largada já foi dada.

Referências

- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10 ed., 2005.
- _____. **Homens em Tempos Sombrios**. Trad. Ana Luisa Faria. Lisboa: Ed. Relógio d'Água, 1991.
- BOBBIO, Norberto, 1992: **A Era dos Direitos**, Campus, Rio de Janeiro [original de 1990; ensaios de 1964-90].
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BUERGENTHAL, Thomas. *Internacional human rights*. Minnesota: West Publishing, 1988.
- CASSESE, Antonio, *Human rights in a changing world*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.
- HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992*.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RACHELS, James & RACHELS, Stuart. **Os elementos da filosofia moral**. Trad. portuguesa e revisão técnica: Delamar J. V. Dutra. 7.ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org