

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel
Juliana Giovanetti Pereira da Silva
Juliano de Oliveira Leonel
(Orgs.)

Temas Transversais de Direitos Humanos

Volume 3

Novas
Abordagens Contemporâneas



Como já enfatizado nos dois primeiros volumes, o objetivo da obra não é trazer respostas prontas e incontestáveis, mas considerações sobre o tema. Intenta-se que o leitor medite e siga o caminho da pesquisa que se abre à sua frente. Isso, sempre se concebendo em uma real noção da ampliação dos Direitos Humanos, perdendo-se as amarras a concepções tradicionais que impõem a cultura ocidental sobre o restante do mundo. Relembrando sempre Boaventura de Sousa Santos, é importante destacar que a proteção dos direitos humanos se constitui através de elementos multiculturais. E os sistemas global e regionais devem se constituir em luta emancipatória permanente pela defesa dos direitos humanos que surgem em quaisquer contextos, especialmente os locais, e que são assegurados em uma ordem interna que não permitam retrocessos, além de estimular a participação dos movimentos sociais populares em espaços deliberativos para co-opseração na construção dos direitos humanos em um plano internacional. De toda sorte, a expansão dos Direitos Humanos tem se mostrado cada vez mais necessária.



Temas transversais de Direitos Humanos

Temas transversais de Direitos Humanos

Novas abordagens contemporâneas

Volume 3

Organizadores:

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel
Juliana Giovanetti Pereira da Silva
Juliano de Oliveira Leonel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

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



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati; SILVA, Juliana Giovanetti Pereira da; LEONEL, Juliano de Oliveira (Orgs.)

Temas transversais de Direitos Humanos: novas abordagens contemporâneas - Volume 3 [recurso eletrônico] / Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel; Juliana Giovanetti Pereira da Silva; Juliano de Oliveira Leonel (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

228 p.

ISBN - 978-85-5696-660-5

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

1. Direito; 2. Ensaio; 3. Direitos humanos; 4. Interpretação; 5. Dignidade da pessoa humana; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação da obra	9
Os organizadores	
1	13
A proteção do trabalho do menor para preservação de gerações futuras saudáveis	
Antonio Milton Jolvino; Ieda Prandi; Liliam Alves Feitoza	
2	31
A violência doméstica sob a ótica dos direitos fundamentais	
José Geraldo da Silva; Roberta Ceriolo Sophi	
3	51
Abandono familiar e a situação dos idosos institucionalizados na casa São José em Teresina-PI	
Michelly Nayara Gomes Lima; Marcelo Leandro Pereira Lopes	
4	73
Articulação da jurisdição constitucional com a jurisdição transnacional	
Andréa Depintor	
5	89
Da regularização fundiária como medida impositiva da transversalização dos Direitos Humanos	
Francis Pignatti do Nascimento; Mônica de Oliveira Silva Fiori	
6	111
Direito fundamental à autonomia da pessoa com deficiência, a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito	
Gabriel Martinez Raymundo; Tiago Natari Vieira	
7	129
Liberdade de expressão e proteção dos Direitos Humanos na internet: o problema das fake news	
Michely Vargas Del Puppo Romanello; Gustavo Costa Vieira Novaes	

8.....	153
Liberdade de expressão nas mídias digitais: um contraponto entre a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais	
Lais Giovanetti; Juliana Giovanetti Pereira da Silva; Maria Ângela Alves Pessoa	
9.....	177
Os métodos autocompositivos brasileiros e a audiência de conciliação e mediação como forma de viabilizar os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável	
Wallace Leite Nogueira; Ronaldo Greggo de Moraes	
10	197
Responsabilidade civil pela prática do cyberbullying: um estudo necessário sobre os efeitos da sociedade em rede	
Ana Letícia Anarelli R. Leonel; Fernanda Torres de A. L. C. Oliveira	
11.....	209
Sobre a identidade do direito penal e do direito sancionador: uma breve análise da posse de munição desacompanhada de arma de fogo nos tribunais superiores	
Juliano de Oliveira Leonel; Marcus Vinícius do Nascimento Lima	
Sobre os autores	225

Apresentação da obra

Os organizadores

Não poderia ser diferente o imenso orgulho da organização desta obra em trazer à apresentação o terceiro volume de Temas Transversais em Direitos Humanos. O viés transdisciplinar em Direitos Humanos continua sendo o foco do trabalho, na medida que os temas relacionados à escolha do objeto destes estudos não se limita a uma finitude de temas. Novas questões surgem, novas perspectivas se apresentam, e a academia cuida de apresentar suas considerações acerca das inquietações do Direito.

Como já enfatizado nos dois primeiros volumes, o objetivo da obra não é trazer respostas prontas e incontestáveis, mas considerações sobre o tema. Intenta-se que o leitor medite e siga o caminho da pesquisa que se abre à sua frente. Isso, sempre se concebendo em uma real noção da ampliação dos Direitos Humanos, perdendo-se as amarras a concepções tradicionais que impõem a cultura ocidental sobre o restante do mundo.

Relembrando sempre Boaventura de Sousa Santos¹, é importante destacar que a proteção dos direitos humanos se constitui através de elementos multiculturais. E os sistemas global e regionais devem se constituir em luta emancipatória permanente pela defesa dos direitos humanos que surgem em quaisquer contextos, especialmente os locais, e que são assegurados em uma ordem interna que não permitam retrocessos, além de estimular a participação dos movimentos sociais populares em espaços

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. Diálogo Intercultural dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/memoires/Rachelmemoir.htm>> . Acesso em: 20 jun. 19.

deliberativos para cooperação na construção dos direitos humanos em um plano internacional. De toda sorte, a expansão dos Direitos Humanos tem se mostrado cada vez mais necessária.

O primeiro capítulo do livro, através do texto de Antonio Milton Jolvino, Ieda Prandi e Liliam Alves Feitoza, traz considerações sobre a proteção jurídica do trabalho do menor de dezoito anos, especialmente no ambiente laboral. Com essa proteção, tem-se a dignificação do seu trabalho, além da contribuição para que gerações futuras tenha condições saudáveis de vida.

A seguir, José Geraldo da Silva e Roberta Ceriolo Sophi tratam da violência doméstica, mencionando o tratamento diferenciado acerca da desigualdade de gênero. Trata de diversas formas de violência contra a mulher no ambiente familiar de forma multifacetária, enfatizando a forma não taxativa que a legislação prevê. Por fim, traz a concepção de que, especialmente no caso brasileiro, a legislação trouxe inúmeros avanços, mas não está completamente fechada a novos avanços no tema.

Michelly Nayara Gomes Lima e Marcelo Leandro Pereira Lopes trazem, após, um importante estudo de caso acerca do abandono familiar e a situação de idosos institucionalizados na Casa São José, na cidade de Teresina. Além da responsabilização estatal sobre a condição de abandono que alguns idosos sofrem, o trabalho traz considerações acerca da responsabilidade civil da própria família, no âmbito da aplicação dos direitos humanos também nas relações privadas.

O quarto capítulo do livro, elaborado por Andréa Depintor, traz uma importante e necessária colaboração entre os Direitos Humanos e o Direito Interno. Considera, de forma bastante coerente e compreensível, que a cooperação entre os tribunais internos e os internacionais não gera uma relação de hierarquização formalizada entre eles, mas traça uma vinculação de cooperação na interpretação *pro homine* dos direitos humanos.

A seguir, Francis Pignatti do Nascimento e Mônica de Oliveira Silva Fiori trazem considerações acerca da regularização fundiária

como medida impositiva da transversalização dos Direitos Humanos, especialmente com o Direito à moradia com direcionamento adequado e coerente de políticas públicas.

A seguir, Gabriel Martinez Raymundo e Tiago Natari Vieira trabalham com a temática do direito fundamental à autonomia da pessoa com deficiência, dentro da concepção de internacionalização do direito constitucional e da constitucionalização do direito. Analisam o Estatuto da Pessoa com Deficiência e especialmente, o seu objetivo de extinção de qualquer tipo de discriminação, com o enfoque na garantia da autonomia e individualidade do ser humano.

O sétimo e oitavo capítulos do livro trazem um tema de extrema importância e atualidade: liberdade de expressão e manifestações pela internet. **Michely Vargas Del Puppo Romanello** e Gustavo Costa Vieira Novaes focam no grave problema das denominadas *fake news*. De início, concebem a liberdade em diversos autores, como John Locke, Thomas Hobbes, Karl Marx, Immanuel Kant, entre outras, bem como o parâmetro constitucional sobre o tema. Também analisa alguns casos concretos, para, ao fim, trazer o tema proposto e seu (des) acordo com Direitos Humanos.

Ainda sobre o tema, Lais Giovanetti, Juliana Giovanetti Pereira da Silva e Maria Ângela Alves Pessoa dão o enfoque constitucional sobre a liberdade de expressão, tal direito exercido em mídias sociais e a colisão de direitos fundamentais. Assim, realiza-se a análise de casos concretos sobre a liberdade de expressão em redes sociais, como *Facebook* e *Twitter*. Este capítulo traz considerações acerca da limitação da livre manifestação de pensamento, especialmente diante de notícias mentirosas e discursos de ódio.

No nono capítulo, Wallace Leite Nogueira e Ronaldo Greggo de Moraes fazem uma análise da efetivação dos direitos humanos e desenvolvimento sustentável, com a adoção de métodos autocompositivos no âmbito brasileiro. Os autores cuidam de uma visão da justiça como pilar do desenvolvimento sustentável, bem

como o direito de acesso à justiça como direito fundamental. Combinando as duas premissas, apresentam os métodos de resolução de conflitos e seus mecanismos autocompositivos de negociação, mediação e conciliação, na conformidade do Código de Processo Civil em vigência.

O penúltimo capítulo traz a possibilidade de reparação civil pela prática de cyberbullying, como uma violação à própria dignidade da pessoa humana. Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel e Fernanda Torres de Arruda Leão Coelho Oliveira, conciliando o direito fundamental de liberdade de expressão na sociedade em rede com a própria dignidade humana, chamam a aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas.

Por último, encerrando a obra, Juliano de Oliveira Leonel e Marcus Vinícius do Nascimento Lima tratam da discussão da legitimidade da tutela penal levada a cabo pelo Estatuto do Desarmamento, no que tange à posse de munição e, nesse contexto, qual é a fronteira entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Por fim, o texto trata da expansão do direito penal em conflito com os próprios direitos humanos e, portanto, a necessidade de se estabelecer a fronteira entre o ilícito penal e meramente administrativo.

Esperamos que façam bom proveito da leitura, lembrando-se que Direitos Humanos é direito de todos, para todos e por todos. “Plantar a semente” da consciência do quanto a vida e a dignidade humana devem ser protegidas por todas as pessoas é a tarefa que todo ser humano.

* Os organizadores não se responsabilizam pelo conteúdo dos artigos que compõem a obra coletiva, sendo de exclusiva responsabilidade de seus autores.

A proteção do trabalho do menor para preservação de gerações futuras saudáveis

Antonio Milton Jolvino

Ieda Prandi

Liliam Alves Feitoza

1. Valorização do trabalho do menor através da proteção do meio ambiente laboral

Proteger juridicamente o trabalho do menor para preservar gerações futuras saudáveis significa valorizar e dignificar seu do trabalho através do meio ambiente laboral.

Quando pensamos no respeito ao meio ambiente do trabalho devemos considerar que a maior preocupação está voltada à saúde do trabalhador, posto que o equilíbrio que deve existir no meio ambiente do trabalho tem por escopo prevenir acidentes de toda ordem e aumentar o nível de qualidade de vida do trabalhador.

Concernente ao núcleo temático deste artigo, revolvendo os artigos 402 a 441 da Consolidação das Leis do Trabalho, encontramos regras relativas ao trabalho do menor. Além dessas, os artigos 60 a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente dedicaram atenção especial ao direito à profissionalização e à proteção no trabalho das pessoas menores de 18 (dezoito) anos de idade.

Mas nem sempre foi assim. O trabalho do menor foi por muito tempo utilizado de forma exploratória, sem qualquer proteção, haja vista que os filhos de escravos tornavam-se escravos, ou, quando surgiram as corporações de ofício, os menores aprendizes

trabalhavam durante anos sem qualquer remuneração ou proteção, pois trabalhavam apenas em troca do ensino, para exercerem a função futuramente.

No Brasil, a primeira tentativa de proteção ao trabalho do menor nasceu em 1890, com o Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro daquele ano, que estabelecia providências para regularização do trabalho de menores empregados nas fábricas da Capital Federal, que caiu por terra já que não foi respeitado por ausência de regulamentação, o que se seguiu com o Decreto 1.801, de 11 de agosto de 1917 e com o Decreto 16.300, de 31 de dezembro de 1923.

Contudo, em 12 de outubro de 1927, foi aprovado o Código de Menores através do Decreto nº 17.943-A, que estabelecia como idade mínima para o trabalho 12 (doze) anos de idade, que proibiu o trabalho noturno aos menores de 18 (dezoito) anos de idade e que coibiu o emprego de menores de 14 (quatorze) anos em praça pública.

Desde então, gradativamente, outras formas de proteção foram criadas, em especial os artigos 402 a 441 da Consolidação das Leis do Trabalho e os artigos 60 a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já mencionados.

Quanto a norma maior promulgada em 05 de outubro de 1988, temos em seu artigo 7º, inciso XXXIII, proteção especial ao trabalho do menor, cuja redação original foi alterada através da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Primariamente a idade mínima para o trabalho era de 14 (quatorze) anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 12 (doze) anos de idade. Com o advento da Emenda Constitucional nº 20, a idade mínima para o trabalho passou a ser 16 (dezesseis) anos de idade, salvo como aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos de idade.

Vejamos a redação atual do inciso XXXIII, do artigo 7º, da Constituição Federal:

Art. 7º. (...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Além dessa proteção constitucional específica ao menor, temos ainda a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, que se aplicam a todos trabalhadores.

A preocupação maior que justifica proteção diferenciada em relação ao trabalho do menor está diretamente ligada ao seu desenvolvimento, que deve ser sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Desta maneira, além das proibições trazidas no inciso XXXIII, do artigo 7º da Constituição Federal, quais sejam: proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos de idade, e a idade mínima para o exercício da atividade laborativa, há ainda preocupação quanto aos horários e locais de trabalho, haja vista a atividade laboral ter que permitir a frequência escolar e não prejudicar sua moralidade.

Quanto a duração do trabalho, aos menores é vedada a prorrogação da jornada diária por mais de 02 (duas) horas, não podendo ultrapassar 48 (quarenta e oito) horas semanais, salvo se por motivo de força maior, o trabalho do menor for imprescindível ao funcionamento do estabelecimento, poderá estender-se por até 12 horas, devendo as horas extraordinárias serem remuneradas com o adicional mínimo de 50% (cinquenta por cento) sobre a hora normal, como é devido a todo trabalhador.

Questão diferenciada trabalhada nos artigos 405 e 406 da Consolidação das Leis do Trabalho diz respeito aos artistas mirins. Em que pese a idade mínima estabelecida na Constituição Federal para o desenvolvimento do trabalho, com qualquer idade crianças e adolescentes podem participar de espetáculos públicos e certames de beleza, desde que tenham autorização judicial para tal fim. A autorização é expedida quando restar provado que não haverá prejuízos à formação e desenvolvimento do menor.

É cediço que o desenvolvimento do trabalho interfere na formação física, moral e cultural da pessoa, razão pela qual a

proteção especial destinada ao trabalho dos menores deve observar e preservar as condições fisiológicas do menor, sua segurança pessoal, sua salubridade, sua moralidade e seu desenvolvimento cultural, garantindo-se com isso sua higidez.

Neste sentido, Sergio Pinto Martins leciona:

Os fundamentos principais da proteção do trabalho da criança e do adolescente são quatro: de ordem cultural, moral, fisiológica e de segurança. Justifica-se o fundamento cultural, pois o menor deve poder estudar, receber instrução. No que diz respeito ao aspecto moral, deve haver proibição de o menor trabalhar em locais que prejudiquem a moralidade. No atinente ao aspecto fisiológico, o menor não deve trabalhar em locais insalubres, perigosos, penosos, ou à noite, para que possa ter desenvolvimento físico normal. O menor também não pode trabalhar em horas excessivas, que são as hipóteses em que há maior dispêndio de energia e maior desgaste. O trabalho em local insalubre, perigoso ou penoso tem mais efeito na criança do que no adulto. Por último, o menor, assim como qualquer trabalhador, deve ser resguardado com normas de proteção que evitem os acidentes do trabalho, que podem prejudicar sua formação normal. As crianças que trabalham perdem a infância. Ainda não são adultos.¹

Esse mesmo autor ainda defende a ideia de que a pessoa deveria entrar no mercado de trabalho por volta dos 24 (vinte e quatro) anos de idade, haja vista com esta idade ter obtido plena formação moral e cultural já que até essa idade ficaria no seio de sua família e usufruiria das atividades escolares necessárias à sua formação.²

Infelizmente, a realidade brasileira não permite o ingresso no mercado de trabalho por volta dos 24 (vinte e quatro) anos de idade. Em razão de insuficiência de rendimentos, muitas famílias permitem ou até obrigam os menores a trabalharem desde cedo

¹ MARTINS, p. 625

² Ibid., mesma página

para aumento da renda familiar, possibilitando a subsistência de todos.

2. Contrato de aprendizagem

Vimos que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, permite o trabalho na condição de aprendiz a partir dos 14 anos de idade, sendo essa modalidade de contrato de trabalho disciplinada pelos artigos 428 a 433 da Consolidação das Leis do Trabalho, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.420/2017.

Nos termos do artigo citado, é considerado como trabalhador aprendiz a pessoa maior de 14 anos e menor de 24 anos de idade, inscrito em programa de aprendizagem, sujeita a formação técnico-profissional metódica, assim entendidas as atividades teóricas e práticas, organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no local de trabalho, desde que compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do aprendiz.

Em que pese a regulamentação do contrato de aprendizagem ser feita pelos artigos 428 a 433 da Consolidação das Leis do Trabalho, tratando-se de adolescente, o contrato de aprendizagem deve respeitar também os artigos 6º a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Atualmente, o contrato de aprendizagem é regulamentado pelo Decreto nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, o qual estabelece como princípios dessa modalidade de contratação a garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino fundamental, horário especial para o exercício das atividades, capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho e, sendo o aprendiz menor de 18 anos de idade, respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Para que o contrato de aprendizagem seja firmado, necessário se faz observar se a atividade a ser desenvolvida requer formação profissional, já que as atividades profissionais que requeiram habilitação profissional de ensino técnico ou superior e as

classificadas como cargos de direção, gerência ou de confiança, não podem ser executadas por aprendizes.

De acordo com o artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho, as empresas de médio e grande porte cujas funções demandem formação profissional deverão empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem, quais sejam Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT e Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP, no mínimo cinco e no máximo quinze por cento dos trabalhadores empregados nas funções que exijam formação profissional.

A obrigatoriedade de contratação de aprendizes não é observada caso se trate de entidades sem fins lucrativos que objetivem a educação profissional, bem como por microempresas e empresas de pequeno porte, a quem a contratação de aprendizes é facultativa, mas caso se concretize, deve ser observado o percentual máximo acima mencionado.

O objetivo do contrato de aprendizagem é proporcionar ao jovem uma formação profissional básica e ensiná-lo a superar as diferentes situações que se concretizam no meio ambiente laboral, além de proporcionar a qualificação da mão de obra.

3. Meio ambiente do trabalho saudável

A importância da salubridade do meio ambiente do trabalho tem destaque em obras de expressivos doutrinadores nacionais do calibre de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

O ponto de partida a ser adotado é que a proteção ao meio ambiente do trabalho é distinta da proteção do direito do trabalho. Isso porque aquela tem por objeto jurídico a saúde e segurança do trabalhador, a fim de que este possa desfrutar uma vida com

qualidade. Busca-se salvaguardar o homem trabalhador das formas de degradação e poluição de vida.

Num segundo momento, deve-se observar que se valoriza o trabalho humano, porquanto este é direito social fundamentador da ordem econômica e financeira e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mas o trabalho tem de estar relacionado a um aspecto econômico, uma vez que deve ser passível de valoração social. Nesse contexto, pode-se concluir que: “... o trabalho adquire no Texto Constitucional inúmeras feições, que, embora diferentes, são ligadas entre si e complementares aos objetivos e fundamentos da República no sentido de assegurar a todos uma existência digna num sistema onde haja justiça social. Assim, ora o trabalho surge enquanto instrumento de tutela pessoal, essencial à sobrevivência do homem indivíduo (por exemplo, o direito social ao trabalho), ora surge enquanto política a ser implementada pelo Estado, numa dimensão difusa e essencial aos objetivos apregoados pelo Estado Democrático de Direito.”³

Com efeito, a intervenção do Estado na economia deve priorizar o trabalho humano como valor constitucional supremo em relação aos demais valores integrantes da economia de mercado. Essa intervenção deve atentar para a dignidade da pessoa humana. Além disso, a preservação do meio ambiente demonstra o limite do exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo a preservação do meio ambiente um dos princípios constitucionais regentes da ordem econômica, uma vez que a Constituição Federal proíbe atividades produtivas que agridam o meio ambiente, nele incluso o meio ambiente do trabalho.⁴

A ausência de equilíbrio e de segurança no meio ambiente do trabalho se caracterizam de diversas maneiras, sendo todas consideradas como poluição do meio ambiente do trabalho. Não é apenas a poluição sonora causadora de males ao trabalhador, mas também as condições em que desenvolve suas atividades por ficar exposto a situações perigosas ou insalubres, por inadequação

³ FIORILLO, pág. 593-594

⁴ BULOS, pág. 1219-1222

ergonômica, pela não utilização de equipamentos de proteção, pelo ambiente vil, pela ausência de manutenção periódica dos objetos e maquinários utilizados para o trabalho, etc., ou seja, a poluição do meio ambiente do trabalho é caracterizada pelo desequilíbrio do meio ambiente laboral acarretando consequências negativas para a saúde física e psíquica do trabalhador.

Não podemos esquecer que o menor de hoje será o futuro do país, caso não exista uma proteção acirrada ao meio ambiente de trabalho dos menores, que são mais vulneráveis do que o próprio trabalhador, o que haverá de ser feito?!

Não se trata somente de dignidade da pessoa humana, se trata de um ser humano que está em desenvolvimento, físico e psíquico, por tal motivo, o seu ambiente de trabalho deve ser protegido assim como os demais direitos trabalhistas. Isso não sendo observado o menor de hoje será o futuro adulto e idoso com sequelas de saúde implicando ao Estado maiores despesas com custeio de saúde pública do cidadão envelhecido que perdeu sua capacidade laboral e produtiva.

O menor não é um mero objeto, é a base das futuras gerações e por essa razão quando se fala em meio ambiente do trabalho, maior atenção deve ser dada ao ambiente de trabalho do menor.

4. A proteção constitucional do meio ambiente do trabalho

De 1824 a 1969, o meio ambiente não recebeu qualquer tipo de proteção constitucional, havendo preocupação com o tema apenas na Constituição Federal de 1988.

A tutela constitucional do meio ambiente do trabalho se concretiza de modo mediato e de modo imediato. A primeira forma aqui indicada, quando garantido no artigo 225, *caput*, IV, da Constituição Federal, um meio ambiente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, em que haja estudo prévio das implicações ao meio ambiente toda vez que houver instalação de obra ou

atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.⁵

Ademais, a proteção ao meio ambiente do trabalho de modo mediato se vê quando há promoção da educação ambiental no local de trabalho através de orientação dirigida diretamente aos trabalhadores quanto à necessidade de utilização correta dos equipamentos de proteção individual ou quando os empregadores são informados sobre novos métodos de produção, mais eficazes e seguros:

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

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VI. promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Outro modo de se proteger o meio ambiente do trabalho de forma mediata está na previsão de imposição de sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o

⁵ Impacto ambiental é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por atividades humanas. Para que essas alterações não prejudiquem acentuadamente o meio ambiente, antes de ser instalada obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental deve ser realizado estudo de impacto ambiental. De acordo com a obra *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário* temos que “as expressões *Estudo de Impacto Ambiental* (EIA) e *Relatório de Impacto Ambiental* (RIMA), tidas, vulgarmente, como sinônimas, representam, na verdade, documentos distintos, quais faces diversas de uma mesma moeda. ‘O estudo é de maior abrangência que o relatório e o engloba em si mesmo. O EIA compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório.’ O Relatório de Impacto Ambiental, destinando-se especificamente ao esclarecimento das vantagens e consequências ambientais do empreendimento, refletirá as conclusões daquele. Ou, como anota Herman Benjamin, ‘o EIA é todo: complexo, detalhado, muitas vezes com linguagem, dados e apresentação incompreensíveis para o leigo. O RIMA é a parte mais visível (ou compreensível) do procedimento, verdadeiro instrumento de comunicação do EIA ao administrador e ao público.’” (p. 382-383)

dano, conforme estabelece o § 3º, do artigo 225 da Constituição Federal.

Já a segunda forma, ou seja, de modo imediato, é vista na Constituição Federal quando ficou estabelecido no artigo 200, VIII, a obrigatoriedade do Sistema Único de Saúde de colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Além disso, temos que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05 de outubro, nos artigos 7º a 11, preocupou-se em aprimorar os direitos dos trabalhadores, assegurando-lhes sobrevivência de forma digna, sendo estes direitos também um modo imediato de proteção ao meio ambiente do trabalho.

Inseridos no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, este, por sua vez, inserto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, os artigos 7º a 11 da Constituição Federal garantem condições indispensáveis à dignidade tanto do trabalhador urbano quanto do trabalhador rural, sem qualquer distinção.

Em decorrência do meio ambiente do trabalho voltar-se à saúde do trabalhador visando a qualidade e dignidade de sua vida, encontramos na Constituição Federal direitos direcionados aos trabalhadores que protegem diretamente o meio ambiente do trabalho.

Quanto ao trabalho do menor este não poderá laborar em horário noturno, local insalubre ou perigoso, locais que prejudiquem sua moral ou saúde, prorrogação de horas, salvo quando compensação semanal, ou força maior, e desde que seu trabalho seja indispensável.

A finalidade deste preceito constitucional é prevenir, preservar e garantir a higidez do trabalhador comum e do menor contra doenças, epidemias, dentre outros males físicos, psíquicos e patológicos, sendo direcionado ao legislador a quem coube discipliná-lo para a real proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador.⁶

⁶ BULOS, pág. 441-442

Ressalte-se que ao menor existe total proibição de labor com exposição a produtos químicos, físicos ou biológicos, como ruído, calor ou frio excessivo, bactérias, fungos, explosivos, inflamáveis, etc., por tal motivo, o trabalho do menor exercido nas ruas, praças e outros logradouros, é inconstitucional. Isso porque, mesmo que preenchidos os requisitos previsto em lei, e com autorização judicial, não há eliminação dos riscos ou prejuízos causados ao menor, seja no âmbito moral ou prejudicial à sua saúde.

Ainda, com o propósito de garantir um desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, como reza o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o inciso XXXIII, do artigo 7º da Constituição Federal, protege o trabalho do menor, para que sua formação moral, física e cultural ocorra de modo saudável.

5. Preceitos normativos da organização internacional do trabalho relativos ao trabalho do menor

Com a Primeira Guerra Mundial e suas consequências negativas para a sociedade, os governos observaram que os trabalhadores protegeram seus países da catástrofe gerada pela guerra sem qualquer ressentimento ou luta de classes, sendo esta a razão para criação da Organização Internacional do Trabalho, através do Tratado de Versalhes, em 1919.

Ensina Arnaldo Sússekind que a Organização Internacional do Trabalho foi criada para universalizar os princípios de justiça social e, quando possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas, buscando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e a harmonia entre o desenvolvimento econômico e o progresso social. Afirma ainda que o objetivo da Organização Internacional do Trabalho é:

(...) tratar de questões que visem à justiça social, no seu mais largo conceito, tendo em vista o progresso material e espiritual do ser

humano, em condições de liberdade e dignidade, com segurança econômica e iguais oportunidades.⁷

As convenções da Organização Internacional do Trabalho ditam regras e princípios de ordem geral, atinentes à proteção das relações de trabalho no mundo, assim como buscam estabelecer condições adequadas de trabalho para resguardar a dignidade da pessoa humana, criando obrigações aos Estados-membros que as ratificam.

Muitos são os tratados internacionais elaborados pela Organização Internacional do Trabalho e ratificados pelo Brasil⁸. Entretanto destacaremos alguns daqueles que guardam relação com o tema em estudo, ou seja, os relativos ao trabalho do menor.

- Convenção nº 06, de 1919, ratificada em 26/04/1934, que proíbe o trabalho noturno, assim compreendido o desenvolvido entre às 22h00 e às 5h00, dos menores de dezoito anos. Entretanto, permite o trabalho noturno dos maiores de dezesseis anos se em razão da natureza do trabalho deva existir continuidade de dia ou de noite. Na época, as atividades que autorizavam o trabalho noturno dos maiores de dezesseis anos eram fábricas de ferro e aço, de papel, de vidro, etc.
- Convenção nº 138, de 1973, ratificada em 28/06/2001, que busca a abolição do trabalho infantil e a elevação da idade mínima como trabalhador a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem, estabelecendo que a idade mínima não pode ser inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória. Essa convenção fixa como idade mínima para o trabalho a idade de quinze anos, mas se a economia e as condições de ensino do país signatário não estiverem suficientemente desenvolvidas a idade mínima pode ser reduzida para quatorze anos.
- Convenção nº 182, de 1990, ratificada em 02/02/2000, que visa a implementação de programas de ação para eliminar as piores formas de trabalho infantil, quais sejam: todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive

⁷ SUSSEKIND, pág. 108

⁸ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>, acesso em 15/09/2014.

recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas; utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança (art. 3º).

Considerações finais

As condições de trabalho do menor ao longo da história, ao nosso ver, sempre se apresentaram desfavoráveis considerando-se a realidade que via de regra, impõe esforços de todos os membros da família para garantir-se a sobrevivência dos membros que a compõe.

A luta pela sobrevivência impõe que logo cedo o menor tenha que se lançar no mercado de trabalho para que a renda por ele obtida componha receita para financiar os gastos da família.

É verídico que os instrumentos normativos de proteção do trabalho do menor militam em favor de garantir que o mesmo em sua juventude não seja atingido por moléstias diversas presentes em alguns ambientes de trabalho, todavia, a realidade é distante do menor que precisa efetivamente da sobrevivência e assim se submete a trabalhos insalubres e perigosos.

Resta, porém, destacar que uma vez alcançados os objetivos de que o menor não seja tirado do mercado de trabalho, mas o seja de ambiente laborais maléficos haverá expectativas de gerações mais saudáveis, com a perspectiva de prorrogação da capacidade laborativa daqueles que atingirem idades avançadas.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- ADORNO JUNIOR, Helcio Luiz; NASCIMENTO, Christiane Mangilli Ayello. O direito tutelar do trabalho e a saúde mental do trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 136, p. 93-108, 2009.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Consolidação das leis do trabalho LT – Comentada**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CECILIA, Silvana Louzada Lamattina. **Responsabilidade do empregador por danos à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2008.
- CRETELLA JUNIOR, Jose. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- CRIVELARO, Renata. Tutela jurídica da saúde no âmbito constitucional: o meio ambiente do trabalho. In: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (coord.). **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. São Paulo: Fiuza, nº 32, p. 275-310, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DOVAL, Adriana Navas Mayer. A prevenção da saúde e segurança do trabalho e a influência das convenções coletivas. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (dir.); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coord.). **Revista de Direito do Trabalho – RTD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 159, p. 225-252, 2014.
- ESPADA, Cintia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

FERNANDES, Fabio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo, LTr, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho no contexto dos direitos humanos fundamentais e responsabilidade civil do empregador. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 136, p. 54-74, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: LTr, 2007.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- _____. Redução da jornada de trabalho. **Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, caderno previdenciário**. Porto Alegre: HS Editora Ltda., p. 35-46, 2015.
- MELO, Demis Roberto Correia de. **Manual de meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4. ed. São Paulo, LTr, 2010.
- MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **A defesa processual do meio ambiente do trabalho**. Revista LTr, 63/584.
- _____. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 35. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica**. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo, LTr, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA NETO, JORGE Manoel. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo, LTr, 2001.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infanto-juvenil. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **Revista de Direito do Trabalho – RTD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 141, p. 19-46, 2011.

_____ ; ROLEMBERG, Jamille Carvalho. A proteção ao meio ambiente do trabalho: o direito ao bem-estar do trabalhador. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **Revista de Direito do Trabalho – RTD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 146, p. 375-388, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Luiz Antonio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Direitos difusos e coletivos**, 12. Coordenação geral Fabio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. O meio ambiente do trabalho como forma de efetividade do trabalho decente. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (dir.); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coord.). **Revista de Direito do Trabalho – RTD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 155, p. 183-204, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1983.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 10. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

TAVARES, Jose de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VILLELA, Fabio Goulart. **Direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Concursos, 2009.

A violência doméstica sob a ótica dos direitos fundamentais

José Geraldo da Silva

Roberta Ceriolo Sophi

Introdução

Desde os primórdios da vida humana em seu processo civilizatório foram necessárias regras de contenção social para que o indivíduo pudesse exercer seus direitos e respeitar os dos outros.

A família é a célula *mater* da sociedade; é no núcleo familiar que se forja o caráter - atributo primordial da nossa evolução física, mental e espiritual.

A restauração e reerguimento da humanidade começam no lar. A obra dos pais é a base de toda outra obra. A sociedade compõe-se de famílias [...] e o coração da comunidade, da igreja e da nação é o lar. A felicidade da sociedade, o êxito da igreja e a prosperidade da nação dependem das influências domésticas. (WHITE, 2004, p. 347)

É dever do Estado a manutenção da harmonia e do equilíbrio social dos cidadãos, e não existe melhor lugar para iniciar esse mister que o próprio tecido familiar.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XI, diz que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Não deveria existir nenhum lugar sobre a terra que proporcionasse maior segurança e tranquilidade que nossa casa. Mas, se uma pessoa não se sentisse segura em sua casa, onde se sentiria?

Sabe-se que muitas mulheres e crianças são seviciadas, torturadas, humilhadas e destrutadas dentro de seus lares. Este é um grande paradoxo, pois a palavra lar, segundo o Dicionário HOUAISS (2009, p. 1157), deriva do local, “na cozinha, onde se acende o fogo”, ou “um grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto; família; lareira”. Em outras palavras, usando de uma metáfora, é o local próximo do fogo que nos acalenta – é a nossa presença próxima à chama que ilumina e aquece nossos dias frios e os momentos mais sombrios da nossa existência.

As leis elaboradas pelo Legislativo devem velar pela paz e harmonia familiar, pois se as famílias não forem bem, as cidades e os países também não o irão.

De todas as espécies de violência com as quais se tem de conviver diuturnamente, a mais repulsiva delas é a familiar, pois se se respeitam pessoas totalmente desconhecidas, não se respeitariam aquelas que estão ligadas pelos laços familiares?

No interior do ambiente familiar existem as desigualdades históricas de gênero, surgindo daí a condição de vulnerabilidade da pessoa do sexo feminino.

É evidente que a criminologia criada por Garofalo (Criminologia, 1885) não tinha como objeto de estudo a violência de gênero, mas tratava apenas do crime e do homem criminoso, a exemplo do que fez Lombroso, em sua obra *O Homem Delincente*, de 1876.

O legislador brasileiro exteriorizou sua preocupação com o tema através da edição da Lei nº 11.340/2006, que em seu art. 1º declara as linhas básicas da sua necessidade:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art.

226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

No cenário midiático a Lei ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”, isto porque no ano de 1983, em Fortaleza, uma farmacêutica chamada Maria da Penha Maia Fernandes, foi atingida por disparo de uma espingarda enquanto dormia, efetuado pelo próprio marido, que resultou na sua paraplegia. O agressor foi denunciado no ano seguinte, vindo a ser preso somente 18 anos após os fatos.

Direitos e garantias legais das mulheres

Os arts. 2º e 3º, da Lei comentada, estabelecem que:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma

de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em sua obra *Dos Deveres*, CÍCERO (2001, p. 63) instruiu a lembrar que

A natureza nos deu dupla personalidade: uma, comum a todos nós, porção de razão e dignidade que nos eleva acima dos animais, princípio de todos os nossos deveres, e de onde derivam o que se chama dignidade e decência: a outra, própria de cada um de nós.

São Tomás de AQUINO (2005, p. 134) expressou-se na II Seção, da II Parte, questão 64, artigo 2, da sua *Suma Teológica*, que o homem, quando peca, “se afasta da ordem racional, e decai, assim, da dignidade humana, que consiste em ser naturalmente livre e existir para si mesmo”.

Em sua I Parte, questão 42, artigo 4, AQUINO (2001, p. 672), diz que “se a paternidade é uma dignidade do Pai, como também é a essência do Pai: a dignidade é, com efeito, um atributo absoluto que pertence à essência”.

E, finaliza na questão 59, artigo 3, ao afirmar que “a liberdade de arbítrio pertence à dignidade humana” (AQUINO, 2002, p. 199).

Ensina Moura AGRA (2014, p. 125), que na concepção religiosa

A dignidade da pessoa humana é a base do ordenamento jurídico porque o homem é a imagem e semelhança de Deus, obrigando a inviolabilidade de sua essência em virtude de seu caráter sagrado. A sacralidade do homem impede sua violação por atos de outros homens ou por meio de leis.

Em um sentido laico, a fundamentação está ligada à natureza do ser humano, considerado como o ser vivo mais perfeito e complexo existente no nosso planeta. Essa sua importância biológica, o faz dotado de direitos invioláveis, sem os quais se processaria um retrocesso, retornando ao *status* de coisa.¹

Destarte, o respeito e o tratamento devido à mulher encontra seu fundamento nesse princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual PUFENDORF (2007, p. 142), em 1673, na defesa da castidade feminina afirmava que “não se podia fazer violência mais terrível a uma mulher honesta do que forçá-la a abrir mão daquilo que, sendo mantido impoluto, é considerada a maior glória do sexo feminino”, que em sua opinião era a castidade.

A aplicabilidade da Lei Maria da Pena, nos termos da Lei nº 11.340/16, se condiciona aos seguintes requisitos: a) crime perpetrado contra mulher, a qual apresenta maior grau de vulnerabilidade; b) a violência como meio executório, seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral; c) violência praticada contra a mulher dentro do ambiente familiar, onde deveria existir relação de afetividade.

Entretanto, para a aplicabilidade da Lei Maria da Pena, é necessária que as partes morem sob o mesmo teto? A resposta nos é dada pela SÚMULA 600/STJ: “Para configuração da violência

¹ No mesmo sentido: SARLET, 2001, p. 30 e 31 “No pensamento estoico a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo, bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade”; COMPARATO, 2001, p. 17: “Essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus”; TAVARES, 2017, p. 450-451: “Embora inúmeros direitos fundamentais encontrem-se preenchidos, em diversos graus, pelo respeito à dignidade humana como o direito à vida, à liberdade, a um salário capaz de atender às necessidades vitais básicas, e outros, não seria admissível utilizar-se unicamente do método lógico-indutivo para afirmar, intransigentemente, que todo e qualquer direito fundamental ou princípio possui em sua essência uma lasca da dignidade da pessoa humana. Não se pode transformar o princípio em referência em um axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta: em outras palavras, em um mito”.

doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

É o que dispõe, ainda, o art. 5º, III, Lei nº 11.340/06: “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”

Os direitos fundamentais concedidos às mulheres foi fruto de uma demorada sucessão de conquistas históricas e normativas, notadamente após os postulados defendidos pela Revolução Francesa (1789).

Criminologia feminista

A criminologia feminista, como apontado por Ana Paula Portella (LIMA; RATTON e AZEVEDO, 2014, p. 159-160)

Surgiu nos anos 1970, no Reino Unido, como parte da chamada ‘segunda onda’ do feminismo, cuja principal marca é a crítica a certo essencialismo feminista que, de modo similar ao androcentrismo, ignorava as diferenças sociais entre as mulheres, tomando a experiência das mulheres brancas ocidentais como representativas da experiência de toda e qualquer mulher. Seguindo as tendências gerais do feminismo, também na criminologia, observa-se a presença de diferentes perspectivas, sendo mais adequado, portanto, falar de criminologias feministas, que se distinguem de acordo com suas posições referentes às fontes das desigualdades de gênero e da subordinação das mulheres.

E prossegue a dissertação informando que

A relação entre o patriarcado e o capitalismo e os seus efeitos sobre o comportamento humano, a construção das masculinidades, os fatores externos ao sistema de justiça criminal são alguns dos temas que passam a ser retratados pela criminologia feminista... A partir de análises sobre a vitimização das mulheres, a criminologia feminista institui uma nova subárea de estudos, voltada para os

crimes sexuais e para aqueles que acontecem no âmbito doméstico e/ou familiar. (LIMA; RATTON e AZEVEDO, 2014, p. 161).

É conveniente salientar, segundo o ensino de Renato Brasileiro de LIMA (2017, p. 1170), que lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina estão ao abrigo da Lei Maria da Penha, quando a violência for perpetrada entre pessoas que possuem relações domésticas, familiares e íntimas de afeto.

O casal homoafetivo feminino e o casal homoafetivo masculino também estão amparados pela Lei em testilha, sendo impostas medidas protetivas de urgência quando necessárias, respeitando, desta maneira, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais se posicionou a favor da abrangência da Lei Maria da Penha (11.340/2006), que pune a violência contra a mulher, para que esta fosse também aplicada às vítimas travestis e transexuais, independentemente de mudança de sexo. Com esta orientação todas as Promotorias do Brasil poderiam aplicar a legislação, de acordo com o entendimento de cada Comarca, em casos de agressão a mulheres transexuais e travestis, mesmo que essas não tenham realizado a mudança de sexo e nem efetuado alteração no nome ou sexo no documento civil².

Independentemente de qualquer adequação física, cirúrgica ou registral, a transexual feminina é, e sempre foi, mulher; essa é a sua identidade de gênero, que deve ser reconhecida e respeitada pelo Estado, de modo a permitir o pleno desenvolvimento de sua personalidade e a sua realização pessoal.

Como pontuou Maria Berenice Dias,

Em função dessa referência, também passou a se reconhecer na Maria da Penha pessoas travestis e transexuais, já que as que têm identidade de gênero do sexo feminino estariam ao abrigo da lei.

² Disponível em <<http://www.vermelho.org.br/noticia/284653-1>>. Acesso em 12 fev 2018.

Esse alargamento ocorreu por parte da doutrina e da jurisprudência.³

Atualmente, um projeto em tramitação na Câmara dos Deputados quer tornar explícita essa aplicação no texto legal. Trata-se do PL nº 8.032/2014, que amplia a proteção para pessoas transexuais e transgêneros.

No sentido de corroborar essas assertivas aponta-se o Decreto nº 8.727/2016, do Governo Federal, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Lemos no art. 1º, Parágrafo único do documento legal:

Para os fins deste Decreto, considera-se: I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Assim, quem quiser ter o nome social incluído no Cadastro de Pessoa Física (CPF) poderia ir até uma unidade de atendimento da Receita Federal do Brasil e fazer a solicitação, à luz da Instrução Normativa 1.718/2017. A inclusão seria realizada de imediato e o nome social passaria a constar no CPF, acompanhado do nome civil⁴.

No caso de haver violência doméstica entre um casal homoafetivo feminino, uma das mulheres estaria em estado de vulnerabilidade com relação à outra, e, portanto, justificada restaria a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso (LIMA, 2017, p. 1171).

³ Disponível em <<http://www.eai.com.br/lei-maria-da-penha-tambem-vale-para-transexuais-entenda-aplicacao/>>. Acesso em 12 fev 2018

⁴ Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/07/nova-norma-permite-inclusao-do-nome-social-no-cpf>>. Acesso em 17 fev 2018.

Portanto, uma mulher poderia figurar no polo ativo da Lei nº 11.340/06, como no caso da filha que viesse a agredir sua mãe ou a nora que viesse a agredir a sua sogra etc.

Agora, se um homem viesse a ser agredido no ambiente familiar, o caso seria resolvido com base no art. 129, § 9º, CP. Veja como exemplo o caso de um autor que empurrou seu genitor, o qual com a queda sofreu lesões corporais. Como os institutos da Lei Maria da Penha somente se aplicam quando a mulher for vítima, a questão seria resolvida com supedâneo no art. 129, § 9º, CP. (HABIB, 2017, p. 935). Não obstante esse posicionamento existe julgado em que se decidiu a possibilidade de se aplicar ao homem as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, haja vista que a mulher havia sido a agressora deste.

SÚMULA 542/STJ: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.”

Como bem apontado por Alice Saldanha Villar (VILLAR, 2017, p. 709):

Cumprindo observar que a Súmula 542 do STJ refere-se exclusivamente ao crime de lesão corporal praticado contra a mulher resultante de violência doméstica. Conforme destacou o STF por ocasião do julgamento da ADI 4424 DF, permanece a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual.

Assim, a mulher que denunciasse um crime de agressão corporal leve ou culposa do marido contra si, poderia depois retratar-se da denúncia, favorecendo-o? Não. Desde o final de 2012, os Tribunais Superiores entenderam que a ação penal destes crimes é pública incondicionada, ou seja, independem da manifestação de vontade da ofendida para a continuidade das investigações ou do processo. Vale dizer, uma vez iniciado o processo ou a investigação

não haveria interrupção ou arquivamento a pedido da vítima. É o que se depreende da Súmula 542 do STJ.

No mesmo sentido de que a ação penal seria pública incondicionada, são os casos relativos à violência sexual, nos termos do art. 225, CP (com a redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018), entre os quais menciona-se, à guisa de exemplificação: estupro, violação sexual mediante fraude, importunação sexual, assédio sexual, estupro de vulnerável etc.

Formas de violência

Não obstante o legislador haver elencado textualmente no art. 7º algumas formas de violência, o rol não é taxativo, mas apenas exemplificativo, em face da expressão “*entre outras*”, constante da Lei.

Violência física: considera-se violência física toda e qualquer conduta que ofenda a integridade corporal ou a saúde da vítima, como ocorre no homicídio, nas lesões corporais, na tortura, nas vias de fato, no feminicídio etc.

No Código Penal há uma circunstância agravante prevista no art. 61, II, *f*, CP, que permite um acréscimo na pena quando o crime for praticado “contra a mulher na forma da lei específica”. Destarte, se uma mulher sofrer lesões corporais de seu companheiro no âmbito doméstico ou familiar, não haverá a incidência da agravante, sob pena de se constituir em uma dupla punição pelo mesmo fato – *bis in idem* (NUCCI, 2017, p. 949).

Violência psicológica: entende-se por violência psicológica toda a qualquer conduta que cause dano emocional à mulher, ou que perturbe seu psiquismo emocional, reduzindo sua autoestima. No Código Penal alguns crimes estariam a configurar esse tipo de violência, como ocorrem com os delitos de: ameaça, constrangimento ilegal, maus tratos, sequestro e cárcere privado, abandono material, perturbação do trabalho ou sossego alheio etc.

O que é preciso destacar é a necessidade do vínculo familiar entre o autor do fato e a vítima mulher. Caso inexistir tal vinculação afetiva familiar, o crime será outro.

Violência sexual: considera-se violência sexual toda e qualquer conduta que atente contra a dignidade sexual da mulher, notadamente relacionado com a atividade sexual forçada, como ocorrem com os crimes de: estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude, assédio sexual, satisfação de lascívia, Importunação ofensiva ao pudor, ato obsceno etc.

Insta salientar que para haver a proteção penal especial é mister a relação doméstica ou familiar entre o autor do crime e a vítima mulher.

Violência patrimonial: entende-se por violência patrimonial toda e qualquer conduta que objetive a redução do patrimônio da mulher, como ocorrem com os crimes de: furto, roubo, extorsão, estelionato, dano, extorsão mediante sequestro etc. Agora, não seria todo roubo contra a mulher apurado nos termos da Lei Maria da Penha.

Caso uma mulher fosse roubada por um ladrão no interior de sua residência, não haveria a incidência da lei especial; esta somente teria aplicabilidade se o crime fosse cometido por seu marido ou companheiro. A interpretação, nesse caso, deve ser restritiva, como salientou Guilherme NUCCI (2017, p. 942).

Entende-se que a violência patrimonial ocorrida no âmbito familiar, tendo a mulher como vítima, e seu cônjuge/companheiro, como autor, afasta a incidência das imunidades absoluta e relativa, previstas nos artigos 181, inciso I e 182, inciso I do Código Penal brasileiro.

Violência moral: considera-se violência moral toda e qualquer conduta ofensiva à honra objetiva ou subjetiva da mulher, como ocorrem com os delitos de calúnia, difamação e injúria.

Saliente-se mais uma vez que não são todos os crimes contra a honra perpetrados em desfavor de uma mulher no seu ambiente familiar que terão a proteção da aludida lei especial, somente

aqueles em que se verificar um vínculo familiar e doméstico entre o autor e a vítima.

Na jurisprudência do STJ, só haverá a incidência da Lei nº 11.340/06, quando houver por

Objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. (NUCCI, 2017, p. 950).

Violência religiosa: entende-se como violência religiosa toda e qualquer conduta ofensiva ao sentimento religioso da vítima, de que possa resultar violência física ou moral, consoante estabelece o art. 208, do Código Penal Brasileiro:

Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Violência matrimonial: considera-se violência matrimonial toda e qualquer conduta ofensiva ao matrimônio, da qual possam resultar ofensas físicas ou psicológicas decorrentes dos delitos de: bigamia; induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento; simulação de casamento; adultério (que hoje não é mais crime).

Na verdade, entende-se que tanto a violência religiosa quanto a matrimonial estariam enquadradas na espécie de violência psicológica ou moral.

Destarte, percebe-se que as espécies de violência contra a mulher no ambiente familiar são multifacetárias, razão pela qual o legislador achou por bem elencá-las de forma exemplificativa, uma vez que utilizou a expressão “*entre outras*”, no art. 7º da Lei.

Competência para julgamento

O art. 6º da Lei estudada, estabelece que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Todavia, como salientou Renato Brasileiro (2017, p. 1177), não significa dizer que, por força do art. 109, inciso V-A, da Constituição Federal, a competência para o processo e julgamento dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher seria da Justiça Federal.

A competência para o processo e julgamento dos crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha são da Justiça Estadual Comum, restando a competência federal quando do preenchimento dos requisitos do § 5º, do art. 109, CF. (LIMA, 2017, p. 1177).

Princípio da Insignificância

Não é cabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Esse é o entendimento da 2ª Turma do STF (*STF, RHC 133043/MT, rel. Min. Carmen Lúcia, 10/05/2016. 2ª T.*).

A Súmula 589 STJ diz que: “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/09/2017, DJe 18/09/2017.

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *mínima non curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de

pouca importância ou quando afete intimamente a um bem jurídico-penal. (PRADO, 2014, p. 125)

Unidade doméstica

No ensino de NUCCI (2017, p. 943), é o local onde há o convívio permanente de pessoas, em típico ambiente familiar, vale dizer, como se família fosse, embora não haja a necessidade de existência de vínculo familiar, natural ou civil.

Assim, a mulher que sofrer qualquer forma de violência dentro deste ambiente doméstico, para receber o tratamento da Lei nº 11.340/06, teria que ser parte integrante dessa relação doméstica. Caso contrário, qualquer mulher que fosse agredida dentro de uma residência iria receber o mesmo tratamento dispensado pela Lei Maria da Penha àquela que possui vínculos domésticos.

Tem-se como exemplo o caso das relações de cunhadio ou vizinhança. Se um homem agredisse sua cunhada valendo-se do ambiente doméstico, ou agredisse sua vizinha, nas mesmas condições, teria incidência a Lei nº 11.340/06 (NUCCI, 2017, p. 943).

O art. 44, CP, permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando estiverem presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva previstas nos parágrafos e incisos, desde que a pena não seja superior a quatro anos.

Entretanto, nos termos da SÚMULA 588/STJ: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”

É da opinião de Alice Bianchini⁵ que “se a esposa ou companheira for agredida na rua ou em um estabelecimento comercial, por exemplo, haverá incidência da Lei Maria da Penha em razão da ligação entre o agressor e a mulher vítima”. O mesmo

⁵ Disponível em <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814348/os-tres-contextos-daviolencia-de-genero-domestico-familiar-ou-relacao-intima-de-afeto>>. Acesso em 16.02.2018.

poder-se-ia afirmar se a violência viesse a ocorrer no interior do veículo do casal.

E prossegue a autora⁶ informando que: “A família pode ser formada por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha etc.) ou civil (marido, sogra, cunhada etc.), por afinidade (primo, cunhado, tio) ou de afetividade (amigos que dividem o mesmo apartamento)”.

Hermenêutica da Violência Doméstica contra a Mulher

O art. 4º da Lei em estudo apregoa que “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Hermenêutica é a ciência da interpretação do texto. Hermenêuta é o navegante do texto que busca conhecer do seu inteiro e real significado. Assim, o dispositivo diz que

Havendo aparente conflito de valores envolvidos, a exemplo de direitos fundamentais do homem em colisão com direitos análogos da mulher, na relação doméstica familiar, a solução será pelo critério valorativo atributivo de maior peso ao direito da pessoa do sexo feminino, em situação de vulnerabilidade. (ROQUE, TÁVORA E ALENCAR, 2017, p. 967).

O enunciado do art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro diz que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Cesta básica: Outrora, com a finalidade de se facilitar o trabalho judicial, e liquidar brevemente a transação penal ou a sentença, a Justiça determinava ao infrator a doação de cesta básica a orfanatos, creches etc. Para muitos isso consistia em um estímulo à impunidade.

⁶ Ibidem.

Em se tratando de violência doméstica no âmbito familiar está vedada esta aplicação, à luz do que dispõe o art. 17 da Lei: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Medidas Protetivas

Estão estabelecidas nos arts. 19 ao 21 da Lei nº 11.340/06.

Estas são medidas de caráter cautelar que objetivam resguardar a vítima de violência doméstica.

Encontra-se no Talmude Hebraico uma frase deveras esclarecedora sobre o papel da mulher e do homem no seu convívio social:

Homem cuida-te muito em não fazer chorar uma mulher, pois Deus conta as lágrimas. A mulher foi feita da costela do homem, não dos pés para ser pisoteada, nem da cabeça para ser superior; mas, sim, do lado para ser igual, debaixo do braço para ser protegida e do lado do coração para ser amada. (TJAC, 2014, p. 5)

O homem, nos exatos termos da Lei Maria da Penha, deveria ser o protetor da mulher. Amigo, companheiro e acima de tudo respeitador, assim, obedecendo e efetivando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

As medidas protetivas da Lei Maria da Penha estão disciplinadas no art. 22 da Lei, vazada nos seguintes termos: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios”.

O art. 19 da Lei estabelece que: “as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida”.

Entretanto, com a edição da Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, - de questionável constitucionalidade no que se refere à concessão da medida por policiais nos municípios onde não houver delegado de polícia -, o legislador estendeu a concessão das medidas protetivas de urgência: além da autoridade judicial e do delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ao policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Como a medida protetiva de urgência possui natureza cautelar, é mister que esta seja conferida após meticulosa análise dos fatos com o fito de se observar os requisitos jurídicos a respeito da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, função essa afeta ao juiz de direito ou ao delegado de polícia, à luz do disposto no artigo 2º da Lei 12.830/13.

Assim, estender a concessão da medida aos policiais em geral, que são agentes da autoridade policial, estaria, em tese, violando a Constituição Federal em seu art. 144, § 4º, que diz: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Não resta dúvida que a medida acrescida na Lei Maria da Penha traria um alargamento da função social de proteção à vítima de gênero e com uma maior rapidez, mas atropelaria alguns dos

dispositivos legais amparadores da concessão da medida, a saber: conhecimento jurídico atrelado ao exercício de uma função considerada essencial e exclusiva de Estado, à luz do disciplinado no art. 2º da Lei nº 12.830/2013, que diz: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.”

Conclusão

Posto isso, entende-se que a Lei Maria da Penha tem uma abrangência protetiva de gênero dentre as melhores do mundo. É evidente que alguma coisa ainda deveria ser acrescida à legislação, como, *v. g.*, a violência exercida por organismos estatais, como a que ocorre em Hospitais, Delegacias de Polícia e Presídios, haja vista que a violência estatal salta aos olhos de qualquer pesquisador sério.

Entrementes, a legislação protetiva da mulher tem mudado o cenário de apatia e sensação de impunidade que permeava as relações sociais e familiares até o início do século XXI.

Até a edição desse diploma legislativo algumas frases consolidadas pelo imaginário popular eram repetidas vezes vociferadas no interior dos lares brasileiros, como por exemplo: “ruim com ele, pior sem ele”; “em briga de marido e mulher não se mete a colher” etc.

Hodiernamente, a mulher conhece e reconhece seu papel no lar e na sociedade, e não mais se mantém inerte diante das agressões sofridas, principalmente no ambiente familiar.

A Lei Maria da Penha foi um despertar dos direitos dos mais vulneráveis, que há muito estavam adormecidos em face da submissão ao patriarcalismo que imperava há séculos.

Nessa nova era do direito das famílias cabe a todos nós o reconhecimento do seu valor social e pessoal, a fim de se alcançar o tão almejado aprimoramento das normas regenciais da matéria.

Referências

- Acre, Tribunal de Justiça do Estado do. *Violência doméstica e familiar: uma vida sem violência é direito de toda família*. 3ª ed. Rio Branco: Gráfica do TJAC, 2014.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- AQUINO, São Tomás de. *Suma teológica: volume 1, parte I – questões 1-43*. Coordenação Geral de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Loyola, 2001.
- AQUINO, São Tomás de. *Suma teológica: volume 2, parte I – questões 44-119*. Coordenação Geral de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Loyola, 2002.
- AQUINO, São Tomás de. *Suma teológica: volume 6, II seção, parte II – questões 57-122*. Coordenação Geral de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Loyola, 2005.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GAROFALO, Rafaella. *Criminologia*. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.
- HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LAVORENTI, Wilson; BALDAN, Édson Luís; BONINI, Paulo Rogério. *Leis penais especiais anotadas*. 13ª ed. Campinas: Millennium, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Sérgio de. RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Organizadores). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. Trad. Maristela Bleggi e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13^a ed. São Paulo: RT, 2014.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WHITE, Ellen G. *A ciência do bom viver*. Trad. Carlos A. Trezza. 10^a ed. Tatuí/SP: Casa Publicadora Brasileira, 2004.

VILLAR, Alice Saldanha. *Direito sumular: STJ*. 2^a ed. Leme/SP: JH Mizuno, 2017.

Abandono familiar e a situação dos idosos institucionalizados na casa São José em Teresina-PI

Michelly Nayara Gomes Lima

Marcelo Leandro Pereira Lopes

Introdução

Este artigo analisa o estudo da responsabilidade civil e material dos filhos acerca do abandono familiar, para então enfatizarem-se as razões pelas quais contribuem para que os idosos sejam institucionalizados, verificando possibilidades para que o abandono familiar não contribua drasticamente na vida desses indivíduos.

Contudo, a pauta neste estudo figura-se assim estabelecida: abandono familiar e a situação dos idosos institucionalizados. Diante disso, faz-se fundamental responder a seguinte problemática: qual a responsabilidade civil e material dos filhos em relação aos pais institucionalizados?

Baseando-se nessa linhagem, surgem questões a serem debatidas ao longo deste artigo: É possível que o afeto esteja incluso no âmbito de poder familiar? É admissível a cobrança na justiça que um filho conceda afeto ao seu pai? No entanto o sentimento de afeto teria um possível valor jurídico? Quais alternativas devem ser buscadas para que o abandono familiar não impacte violentamente na vida dos idosos institucionalizados? A institucionalização de idosos é um meio preventivo para a diminuição do abandono familiar? O estado assim como a sociedade, devem buscar formas

para diminuir o abandono familiar e que em muitos casos levam a institucionalização dos idosos? Quais seriam essas formas?

Sendo assim, o objetivo geral da pesquisa foi analisar como ocorre a convivência idoso-família na casa São José em Teresina-PI, distinguindo as causas que levam os familiares a escolher pela institucionalização dos idosos, como são realizadas as fiscalizações das entidades e as possíveis aplicações das normas legais e garantias jurídicas com a interferência social e estadual. Como objetivos específicos: analisar a percepção e comprometimento do Estado com relação aos idosos institucionalizados; verificar a qualidade de vida dos idosos que vivem em instituições e a responsabilidade dessas instituições com os idosos; descrever os motivos que levam as famílias a optar pela escolha da institucionalização dos idosos.

Com relação aos fundamentos teóricos, foram utilizados os seguintes autores: ALCÂNTARA (2009) e BEAUVOIR (1990) que tratam do entendimento da sociedade para com os idosos, a importância do papel familiar a essas pessoas tão vulneráveis; CAMARANO (2004) e CAMARANO (2010) abordam o envelhecimento populacional, os diversos tipos de problemas e os desafios enfrentados por esta população, buscando a efetividade dos programas sociais de proteção a esses sujeitos.

Contudo, a referência metodológica utilizada foi à pesquisa de campo, com abordagem qualitativa, de forma que a compreensão dos dados colhidos através de entrevistas realizadas com a coordenadora geral e assistente social do abrigo São José, viabilizasse a compreensão do conteúdo em pauta.

Este trabalho se fundamenta de forma simples embora bastante polêmica, onde vai esclarecer a importância do amparo a uma população tão vulnerável que precisa de suporte afetivo principalmente da família, explorando as possibilidades e impossibilidades de responsabilização civil dos filhos pelo abandono afetivo como também a possibilidade da indenização por danos morais e a decorrente probabilidade do pai idoso buscar a via judicial para conseguir uma indenização na busca de obter uma possível reparação.

A realização deste projeto visa buscar possíveis soluções baseando-se por argumentos doutrinários e jurisprudências, diante das relações de famílias que envolvem a convivência nas relações entre filhos e pais com destaque aos motivos que levam a deserção e desprezo muitas vezes praticados pelos filhos aos pais idosos.

A escolha desta temática foi realizada em virtude do assunto ser de grande importância e destaque para a sociedade brasileira, tratando-se de pessoas vulneráveis que necessitam de maior cuidado e afeto.

1. Instituições de Longa Permanência para Idosos e fundamentos jurídicos que regem as ILPI

As instituições de Longa Permanência para Idosos são vistas regularmente pela população como uma forma de excluir os idosos da sociedade, principalmente do seio familiar. Porém, o Estatuto do Idoso em seu artigo 49 aconselha que essas instituições resguardem o elo familiar (CAMARANO e SCHARFSTEIN, 2010).

Geralmente essas instituições surgem espontaneamente, pela ausência de políticas públicas, atendendo às necessidades da comunidade. São voltadas para suprir as necessidades da população idosa, prestando alimentação, moradia e vestuário, serviços médicos e medicamentos, vale destacar que a saúde é o principal serviço prestado pelas ILPI.

É bastante significativo analisar a assistência legal que as ILPI têm, considerando a grande conquista que estas conseguiram ao longo do tempo, vale destacar que assim como as Instituições de Longa Permanência para Idosos os próprios idosos estão respaldados na Constituição Federal (1988), Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993), Política Nacional do Idoso (Lei 8.842 de 04 de janeiro de 1994), Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003) e o Código Civil (2002).

Em setembro de 2005, a Resolução RDC nº283 foi sancionada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), destinada a

prevenir e reduzir riscos da saúde dos idosos institucionalizados. Portanto, é voltada para todas as instituições que dispõe esse tipo de serviço aos idosos igual ou acima de 60 anos, no entanto essa lei zela pelo bom funcionamento das ILPI.

Outro item a ser abordado nesse trabalho é o artigo 49º do Estatuto do Idoso (2003), onde discorre sobre os princípios que governam as Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI):

Art. 49. As entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência adotarão os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares;
- II - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- III - manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior;
- IV - participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter interno e externo;
- V - observância dos direitos e garantias dos idosos;
- VI - preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade.

Parágrafo único. O dirigente de instituição prestadora de atendimento ao idoso responderá civil e criminalmente pelos atos que praticar em detrimento do idoso, sem prejuízo das sanções administrativas (Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003).

Mais uma vez a legislação brasileira se posiciona com relação à importância da família na vida do sujeito. A situação desses idosos que residem em instituições não dispensa a participação dos familiares nesse seguimento, muito pelo contrário a assistência familiar é indispensável para a longevidade desses sujeitos.

2. Circunstâncias do crescimento demográfico da população idosa no Brasil

Para o entendimento do crescimento demográfico da população idosa, é necessário abordarmos as mudanças das atividades econômicas exercidas pelas mulheres brasileiras. Devido

à inclusão das mulheres no mercado de trabalho, esse fator contribuiu para o declínio das taxas de fecundidade, trazendo assim, um menor resultado de crianças nas famílias brasileiras. (CAMARANO E KANSO, 2010, c. 3, p. 94).

O procedimento de envelhecimento vem sendo acompanhado e comparado devido a mudanças bastante significativas no papel social e econômico das mulheres, diante do avanço no grau de escolaridade, inclusão sólida das mulheres no mercado de trabalho e a redução das taxas de mortalidade (CAMARANO, 2010).

Segundo Camarano e Kanso, (2010):

Embora a expectativa de vida da população brasileira em idade avançada esteja aumentando e esteja acompanhada por uma melhoria nas condições de saúde, o número de idosos com perda de autonomia para as atividades do cotidiano tende a aumentar. Embora haja alguma evidência de uma redução na proporção de pessoas com dificuldades para as atividades da vida diária, isso pode não resultar em menos pessoas demandantes de cuidados. (CAMARANO E KANSO, 2010, p. 95).

Ou seja, com isso os autores querem dizer que, o aumento do envelhecimento da população idosa trás fatores como doenças degenerativas, que de maneira considerável eleva a dependência desses indivíduos, necessitando de cuidados especiais, sendo que o número de idosos com necessidade de cuidados é maior do que a quantidade de pessoas que possam ajudar.

Sendo assim, é importância que seja efetiva a criação de políticas públicas, programas e serviços que favoreçam e acolham a população idosa, de forma eficaz e útil. Observando e considerando que a procura dessa demanda precisa de cuidados multiprofissionais, proteção extensa e duradoura.

3. O afeto familiar como elemento fundamental a pessoa idosa

O direito brasileiro estabelece e prioriza a família como principal responsável pelo cuidado aos idosos, devendo assim,

proporcionar e realizar total amparo. Para isso, deve haver entendimento recíproco entre estes membros, sempre enfatizando o favorecimento a uma vida digna aos idosos.

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, parágrafo único, inciso V, estabelece a seguinte composição:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, a cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

V - priorização do atendimento ao idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar exceto dos que não a possuem, ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência. (Estatuto do Idoso, 2003).

Conforme assegura o estatuto, a família é a principal base para a formação do indivíduo, desenvolvendo a criação de valores e formação do seu caráter, é na família que o ser humano aprende a se socializar e criar vínculos afetivos, é por meio dessa relação que se constrói a personalidade do indivíduo, que muitas vezes refletem na vida adulta.

O que ocorre de fato nos dias atuais, é que cada vez mais as pessoas estão com o tempo mais curto, muitas ocupações, ou seja, cumprindo aquilo que a sociedade exige com isso um dos pontos mais prejudicados talvez seja o comprometimento com a família. Os idosos por serem pessoas mais propensas a cuidados específicos necessitam de um tempo maior dos seus cuidadores, em muitos casos esses cuidados não são disponibilizados por familiares, influenciando assim a institucionalização dos idosos (CAMARANO, 2010).

A responsabilidade de cuidar de pessoas idosas não é simples, especialmente quando se trata de cuidados na própria residência ou de idosos com a saúde comprometida, onde há um grande número de condições a serem realizadas, considerando também a situação

financeira da maior parte da população, seguindo então a forma mais perceptível que é a institucionalização de longa permanência (CAMARANO, 2010).

No direito de família brasileiro, são incluídos dois princípios fundamentais: o princípio da solidariedade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Esses dois formam um conjunto indivisível no que diz respeito à ordem social e cultural do ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios supracitados são de grande importância, tendo em vista que consiste em uma aceitação de respeito e assistência entre os membros que constituem a família, conforme interpreta Carlos Roberto Gonçalves:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no officium pietatis, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural (GONÇALVES, 2005, p.441).

Conforme descreve o autor, a proteção do acesso da pessoa idosa aos direitos próprios assegurados por lei é termo da sua cidadania, devendo, portanto ser disponibilizado tanto pelo governo, quanto pela sociedade civil.

Na base familiar, a solidariedade mútua dos membros que a compõe, é de grande importância especialmente quanto ao amparo moral e físico. Compreende-se que a residência familiar é por excelência um espaço de contribuição, suporte e cuidados. Com relação à solidariedade prestada pelos filhos aos pais idosos, deve ser permanecidas, orientada e ensinada na formação das futuras gerações.

5 O desamparo ao idoso

Devido ao crescimento da quantidade de pessoas idosas, há um elevado número de desafios a serem enfrentados pela sociedade. Esses desafios são estabelecidos entre a qualidade de vida e integração social. Um dos desafios a serem enfrentados é a pessoa idosa residente em uma instituição de longa permanência, onde em muitos casos esse fator interfere nas relações familiares, ocasionando o abandono familiar aos idosos.

Sabe-se que é impossível impor que um indivíduo conceda afeto ao outro. O sujeito idoso encontra-se em condição de desamparo e vulnerabilidade devido a sua dependência física e psicológica. Na ausência de ligações afetivas, o desamparo é marcado pela solidão e carência, afetando principalmente a saúde mental.

Devido às transformações sociais, os modelos tradicionais de família, onde a pessoa idosa era o pilar do grupo familiar, estes modelos estão passando drasticamente por mudanças que se faz necessário a compreensão dessas transformações culturais e sociais, para que possam desafiar o próprio envelhecimento. É importante a manutenção dos laços familiares, pois as pessoas idosas precisam se sentir valorizadas e acolhidas pela família.

Por se tratar de um valor jurídico, o afeto acarreta indenizações, por se tratar de um ato ilícito, essa indenização é uma forma de impedir tal conduta. Assim dispõe o artigo 186 do CC: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

As principais causas que contribuem para o desamparo na terceira idade estão ligadas principalmente ao comprometimento e muitas vezes a perda de sua autonomia. Sabe-se que o desamparo acentua-se na velhice.

6 A situação dos idosos institucionalizados em Teresina-PI na casa São José: análise e discussão

Para atingir a finalidade deste estudo, foi feita uma pesquisa de campo, através de procedimentos dialéticos, pertinente à situação dos idosos institucionalizados, na cidade de Teresina-PI, com o objetivo de compreender melhor o convívio dos idosos, motivos que levam ao processo de institucionalização como também possíveis aplicações das normas legais e garantias jurídicas com a interferência social e estadual para com esses sujeitos.

Para Gil (2010), a pesquisa apresenta natureza formal e complexa, possuindo a finalidade de mostrar possíveis soluções para indagações da realidade, mediante a aplicação de métodos específicos, entendimento este também ratificado por Andrade (2010), ao classificar pesquisa como uma soma de procedimentos sistemáticos, em concordância com a racionalidade, pelo entendimento, destinando-se a apresentar alternativas que promovam resultados positivos para os problemas existentes, mediante utilização de procedimentos específicos.

Com relação ao objetivo, a presente pesquisa tem caráter exploratório, já que proporcionou total proximidade entre a pesquisadora e o tema pesquisado, considerando-se a particularidade do tema em pauta.

No que se refere ao procedimento técnico, é uma pesquisa de campo que se desenvolveu diante de questionário pré-elaborado destinado à realização de uma entrevista. Sendo assim, os dados da pesquisa, foi elaborado e destinado a duas gestoras da Casa São José e a uma advogada da área de família, todas em Teresina-PI. Foram elaborados dois questionários específicos conforme a área de atuação das entrevistadas, cada um contendo seis perguntas, para que todas conseguissem esclarecer seu entendimento a respeito do tema em pauta.

6.1 Análise dos dados da pesquisa de campo realizada na casa São José em Teresina-PI e com uma jurista atuante na área de família

Para a presente pesquisa foram elaborados dois questionários, o primeiro foi destinado à coordenadora e a uma assistente social da Casa São José, o segundo questionário foi designado a uma advogada atuante na área de família em Teresina-PI.

Com base em um dos questionários, foram realizadas duas entrevistas no dia 24 de abril de 2018, com a coordenadora e assistente social, os dados foram colhidos através das respostas das gestoras no decorrer das entrevistas. Os sujeitos da pesquisa foram nomeados de: coordenadora e assistente social.

Conforme as respostas colhidas, pode-se averiguar e aprofundar o assunto em pauta, relacionando os direitos dos idosos conforme menciona o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003). Diante disso, questionou-se aos representantes do abrigo, qual é o apoio do Estado para com os idosos institucionalizados, adquirindo a seguinte resposta:

COORDENADORA: O Estado assim como o município de Teresina tem conhecimentos da casa, porém em termos de parceria a ajuda é praticamente zero, atualmente a prefeitura de Teresina repassa o valor fixo de R\$1.800,00 pelo programa MDS (Ministério do Desenvolvimento social), onde esse valor é destinado às despesas dos idosos e manutenção da casa. A casa é mantida por doações, pela sociedade civil e por eventos realizados pelos gestores com o objetivo de arrecadar lucros para manter o abrigo.

ASSITENTE SOCIAL: A instituição tem parceria com a prefeitura e a ASA (Ação Social Arquidiocesana) que faz a gestão e recebe recurso do município pra gerir a instituição.

Verifica-se uma concordância entre as respostas das gestoras. Ambas afirmam a contribuição de recursos do poder público, porém a coordenadora expressou-se de forma geral e complexa, relatando

que a ajuda é inferior ao valor que deveria ser contribuído, não abastecendo por completo as necessidades da casa, já a assistente social relatou brevemente a contribuição do poder público para a casa, informando apenas a atual participação destes.

O Estatuto do Idoso (2003) ratifica que a família é o principal responsável pelos cuidados. Assim afirma o § 1º, do artigo 3º que diz respeito à priorização e assistência ao idoso pela sua família, em dano do apoio asilar, menos aqueles que não têm ou necessitam de auxílio para sua própria subsistência.

Neste sentido, foi questionada a avaliação das gestoras se os idosos institucionalizados possuem melhor qualidade de vida ou estes preferencialmente deveriam ficar com a família, obtendo as seguintes respostas:

COORDENADORA: A instituição é uma casa alegre, confortável, organizada e dá todo suporte necessário para os idosos, talvez na sua própria residência eles não tivessem o que tem aqui, na minha experiência eles gostariam de estar com a família, acontece que são uma serie de fatores que levam a eles não estarem com seus familiares.

ASSISTENTE SOCIAL: Depende do contexto, o ideal seria que os idosos ficassem com a família, porém sabemos que tem famílias que infelizmente não tem condições materiais e às vezes o idoso esta sofrendo negligência, abuso financeiro, questão afetiva, então estes são encaminhados para uma instituição.

É evidente a semelhança das opiniões obtidas, tornando-se relativo o posicionamento a respeito da institucionalização dos idosos, ambas mantêm a ideia de que o afeto familiar é e sempre será a preferência dessas pessoas tão vulneráveis embora sejam considerados diversos fatores que contribuem para tal decisão, onde a institucionalização se torna muitas vezes a única solução para o problema do abandono familiar.

Percebe-se que há muitos motivos que contribuem para o processo de institucionalização, dentre eles o mais comum é a falta de cuidados. De acordo as argumentações de Alcântara (2009),

relata que a velhice tornou-se um desafio, pois a sociedade está cada vez mais desenvolvida, com isso a população idosa encontra-se mais desprezada pelo mundo da tecnologia, contribuindo assim para que os familiares passem para as ILPI total responsabilidade para com os idosos.

Geralmente o processo de institucionalização é um meio preventivo para as negligências sofridas por essas pessoas que requer maiores cuidados, tornando assim responsabilidade dessas instituições arguirmos com todos os direitos e garantias fundamentais, com isso foi perguntado às gestoras até onde vão as responsabilidades legais da instituição com os idosos, seguem-se as respostas:

COORDENADORA: Aqui nos trabalhamos dentro das normas, com toda transparência dentro do Estatuto do Idoso tentando cumprir todas as regras, direitos e deveres com os idosos e acredito que estes não deixam a desejar.

ASSISTENTE SOCIAL: Emorra muitas vezes essa responsabilidade seja dividida com os familiares, as instituições tem o dever de prestar higiene, alimentação, saúde, lazer, respeito, convivência comunitária entre outros direitos que estão elencados no Estatuto do Idoso.

A coordenadora foi superficial em sua resposta ao relatar essencialmente o cumprimento dos deveres e obrigações, enquanto a assistente social relata que quando ocorre o processo de institucionalização, o idoso passa a ser responsabilidade da direção da instituição e da família, com isso, a mesma foi mais ampla e transparente no sentido de citar a prestação de obrigações, embora ambas afirmem que o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais é devidamente executados conforme exige a lei, com isso podemos garantir diante do art. 49 da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que as responsabilidades legais citadas acima pelas gestoras são legalmente cobradas pelo estatuto.

Neste sentido, deu-se continuidade a respeito do processo de institucionalização, questionando-as a respeito de quais os maiores

motivos que levam as famílias a optarem pela institucionalização dos idosos, alcançando a seguinte resposta:

COORDENADORA: O que mais contribui é a questão financeira, sabemos que um salário mínimo não dá para manter um idoso, primeiro é a questão da alimentação, medicação e higiene, as questões físicas e psicológicas do cuidador também colaboram para tal decisão.

ASSISTENTE SOCIAL: A maioria dos casos é pela dinâmica familiar, muitas famílias não tem como cuidar, pois trabalham o dia todo, as condições financeiras, pois sabemos que manter as necessidades de um idoso é caro, um salário mínimo não é suficiente, há casos também em que os idosos perderam todos os familiares ou não tem vínculo afetivo com os filhos, tem a questão da violência que as vezes os idosos sofrem dentro da própria residência;

Pôde-se observar diante das respostas colhidas, que a questão financeira das famílias prevalece, sendo alegada como a maior barreira para que as mesmas cuidem dos seus idosos, verifica-se que as gestoras referiram-se também a negligência e a saúde do possível cuidador; a assistente social em sua resposta ressalta a falta de comprometimento do estado dando uma possível solução para a diminuição da institucionalização de idosos, conforme exterioriza a Política Nacional do Idoso (1994), que trás a implementação de ações governamentais e competências dos órgãos e entidades públicas à pessoa idosa.

Sabe-se que cabe ao Estado viabilizar políticas públicas efetivas para os idosos percebe-se a falta de responsabilidade e comprometimento por parte das entidades governamentais, o que se nota pela pequena quantidade de instituições como também pela falta de suporte para os cuidados básicos que assegurem o convívio do idoso em seu grupo familiar.

No sentido de fiscalização a essas instituições, há uma série de órgãos que compõem o grupo de fiscalização a ser exercida, considerando esse raciocínio, indagou-se às gestoras a seguinte

pergunta: existe algum tipo de fiscalização exercida pelo Estado na instituição?

COORDENADORA: Sim, o Estado conta com a Vigilância Sanitária, os Conselhos e o Ministério Público que nos visita e fiscaliza regularmente, embora digamos que o Estado é rigoroso nas suas fiscalizações, este deveria ser mais presente no fornecimento de recursos às instituições, não sendo tão omissos nesse quesito de grande importância.

ASSISTENTE SOCIAL: Quem faz a fiscalização pelo funcionamento de todas as instituições de longa permanência é a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); quem fiscaliza no sentido de ver se a instituição está funcionando dando dignidade, respeito entre todos os outros direitos assegurados pelo Estatuto do Idoso é o Ministério Público e as Defensorias.

No que se refere ao cumprimento dos deveres do estado, percebe-se uma ausência de comprometimento com as pessoas da terceira idade, onde não possui estrutura suficiente para comportar uma população que necessita de apoio cada vez mais.

Conforme dispõe Camarano, 2010, p. 306: “os governos são omissos quanto ao cumprimento das suas obrigações em relação aos idosos e aos cuidados e não sancionam a omissão, o abandono, os abusos e a violência contra eles perpetrados pelas instituições e pelos agentes públicos e privados”.

A Constituição Federal de 1988 promove o princípio da dignidade da pessoa humana, que conduz as ligações familiares. Acontece que a família é a base responsável pela evolução do sujeito, sendo a principal fonte de amparo e afeto. De acordo com o art. 229 da CF/88 determina a reciprocidade dos filhos para com os pais idosos. Neste sentido, foram questionados para as gestoras como é a convivência idoso-família na instituição, alcançando a seguinte resposta:

COORDENADORA: Essa relação é razoável, além de cuidarmos dos idosos temos também muitos trabalhos com os familiares, ao tentar trazer estes sujeitos para a convivência dos idosos,

conscientizando, mostrando e valorizando que os idosos estão aqui, porém necessitam do apoio familiar, embora muitos familiares sejam participativos, há outros que pelo fato dos idosos estarem bem cuidados e acomodados não se fazem presentes para acompanhar esses sujeitos.

ASSISTENTE SOCIAL: Esse é um dos grandes problemas enfrentados pelas instituições, a relação familiar é a maior carência enfrentada pelos idosos institucionalizados;

Diante das respectivas respostas, observa-se que a negligência familiar ainda é um problema enfrentado pelas instituições e sabe-se que o afeto familiar é de grande importância para esses sujeitos.

De acordo com Gaiarsa (1986) e Mazo (2001) é importante o fortalecimento dos vínculos familiares à pessoa idosa, pois dizem que o idoso desprezado resulta negativamente em problemas comportamentais, gerando um sentimento de estranheza decorrente de ansiedade. Apesar da fase de adaptação a uma instituição seja muito difícil, considera-se que esta fase inicial de adaptação pode ser diminuída significativamente com a permanência das ligações com os indivíduos que vivem fora das instituições, sejam eles familiares ou amigos.

A segunda entrevista foi realizada no dia 02 de maio de 2018 com uma advogada atuante na área de família, os dados foram colhidos através de diálogo entre a pesquisadora e a entrevistada. O sujeito da pesquisa foi denominado como advogada.

Sabe-se que o sentimento afetivo encontra-se em uma obrigação marcada pela afeição e por laços efetivos que não precisam de normatização, a pesar de que existam idosos que se encontram a mercê da generosidade alheia, que em muitas vezes são totalmente desamparados por seus familiares que se omitem a cumprir com suas obrigações de amparo e solidariedade.

Conforme o artigo 3º do Estatuto do Idoso (2003), diz que: “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar ao idoso com absoluta prioridade, seus direitos de alimentação, cuidados, saúde, convívio familiar, respeito, fazendo

indispensável o convívio deste com várias gerações, com a intenção de conservar os vínculos afetivos”. Dessa forma, questionou-se à advogada a seguinte pergunta: é possível que o afeto esteja incluso no âmbito de poder familiar?

ADVOGADA: Sim, tal interpretação comportamental serviu, inclusive, para que o Estado Moderno amadurecesse jurídico e apontasse o afeto como uma ferramenta poderosa para a identificação e enquadramento dos vários núcleos familiares, deixando de lado o modelo familiar - antigo e inepto - cujo perfil marcante era de agrupamento consanguíneo, e acolhendo definitivamente os vínculos afetivos, reveladores de um poder familiar social e do qual as relações interno familiares revelam-se mais reais.

Nota-se um posicionamento positivo por parte da advogada, tendo concordância com o entendimento do Dr. Geraldo José Ballone, especialista em psiquiatria, in *Alterações da Afetividade*: “o afeto é a parte de nosso psiquismo responsável pela maneira de sentir e perceber a realidade” (BALLONE, 2005). Com isso, entende-se que é por meio do afeto que temos a compreensão emocional que cada indivíduo possui.

Seguindo essa linhagem, indagou-se a advogada, se é admissível à cobrança na justiça que um filho conceda afeto ao seu pai, obtendo a seguinte resposta:

ADVOGADA: Afeto não, o que se tem possibilitado é a cobrança pelo não cumprimento das obrigações advindas do vínculo familiar. Aliás, nenhum sentimento é passível de pecúnia, mas não nos distanciemos do fato de que é também da órbita do afeto os deveres decorrentes destes mesmos vínculos, pelo que se tem aplicado à família o Princípio da Solidariedade familiar.

A opinião da advogada está de acordo com o princípio da solidariedade familiar, que se dispõe na Constituição Federal de 1988, firmado nos artigos 229 e 230, que dispõe sobre os deveres familiares, sociais e estaduais. Partindo desses pressupostos,

entende-se que ninguém é obrigado a conceder sentimento afetividade, o que se pode exigir é o cumprimento das obrigações asseguradas pela legislação para com esses sujeitos, garantindo-lhes uma melhor qualidade de vida. Com isso entende-se que a solidariedade resulta em considerações e respeitos entre os membros das entidades familiares.

Discutir a respeito do afeto no vínculo familiar é em muitos casos desnecessário, já que o afeto é primordial e de interesse de todos os membros que compõem uma família. Sendo assim, questionou-se a advogada: no entanto o sentimento de afeto teria um possível valor jurídico?

ADVOGADA: Não só o valor emocional, mas também jurídico, o afeto surge para o direito com a finalidade de facilitar o reconhecimento da entidade familiar concedendo-lhe proteção legal e o próprio conceito do grupo familiar. É preciso atentar para o fato de que a se elaborar normas é necessário, também, adaptá-las às inúmeras transformações sociais.

A advogada foi clara e objetiva ao posicionar-se que o afeto merece apoio jurídico, seja nas relações pessoais como também em relações de filiação. Cabe ressaltar que CF/88 reconheceu o afeto conferindo-lhe consequências jurídicas.

O sentimento afetivo é um ato que indica uma ligação entre as pessoas, sejam no âmbito familiar ou social, entende-se o início da formação do sujeito se dá início na família, pois é o eixo da sociedade, que abrangem várias alternativas de convivência e circunstâncias, embora não haja previsão legal, são dignos de proteção, ainda que o legislador não disponha de modo doutrinário a respeito de determinado assunto.

Entende-se que falta de afeto é capaz de produzir algumas ou inúmeros obstáculos na ligação entre pessoas. Com isso foi questionado a advogada quais alternativas devem ser buscadas para que o abandono familiar não impacte violentamente na vida dos idosos institucionalizados:

ADVOGADA: Os idosos têm sido reverenciados ou negligenciados ao longo da existência do ser humano, isso é absolutamente cultural. É preciso que haja políticas públicas que visem o suporte psicoterapêutico às famílias para que estes vínculos familiares não se dissolvam no tempo, para que filhos, netos e demais parentes de idosos não os vejam como estorvo.

Diante da argumentação da advogada, entende-se que é de extrema importância a criação de políticas públicas que atendam as necessidades desses indivíduos, evidenciando as atuais condições dos abrigos, que em muitos casos por falta de recursos, não arcam com todas as necessidades vitais dos idosos; cabe ressaltar que a participação dos familiares é fundamental na vida desses sujeitos, cabendo-lhes serem assistidos e amparados.

Segundo Camarano (2010, p.69), diz que: “as políticas de cuidados com o idoso não constituem um campo claramente definido na atenção do idoso no Brasil. Essa indefinição reflete em especial aqueles preceitos institucionais no que se refere ao cuidado com o idoso, em especial aqueles com limitações funcionais”.

Sabe-se que a institucionalização de idosos é um meio alternativo e esta relacionado a diversas alterações no âmbito familiar, em muitos casos o processo de institucionalização é meio preventivo para evitar a falta de proteção, solidão etc. Partindo dessa compreensão questionou-se a advogada a seguinte pergunta: a institucionalização de idosos é meio preventivo para a diminuição do abandono familiar, alcançando a seguinte resposta:

ADVOGADA: Como dito na resposta anterior, a institucionalização dos idosos nunca foi e nem será alternativa para combater o abandono afetivo ao quais estes mesmos já estão ou serão submetidos. Inúmeras alternativas para combater o abandono afetivo de idosos têm sido testadas em vários países pelo mundo, entretanto, é o suporte psicoterapêutico às famílias que têm dado maior resultado positivo e evitado a dissolução dos laços familiares.

A resposta colhida se faz semelhante com a resposta da pergunta anterior, onde a advogada se faz referente ao que diz CAMARANO (2008), a legislação brasileira (Constituição Federal de 1988 e Política Nacional do Idoso de 1994), afirmando que a família é a principal responsável pelos cuidados dos idosos, além de destacar a discriminação as ILPI, desse modo, entende-se que a institucionalização de idosos não é meio preventivo para a ausência de afeto familiar, se fosse os mesmos não sofreriam com essa omissão dos familiares diariamente dentro dos abrigos.

Sabe-se que o abandono familiar pode afetar qualquer ser do grupo familiar, porém essa ocorrência é mais comum com pessoas em idades mais avançadas, com isso, indagou-se a seguinte pergunta para a advogada: o Estado, assim como a sociedade civil devem buscar formas de diminuir o abandono familiar que em muitos casos levam a institucionalização de idosos. Quais seriam essas formas?

ADVOGADA: A questão de minimizar a institucionalização se dá início na educação familiar, devemos educar as novas gerações sobre a importância do afeto, por mais que seja difícil cuidar de um idoso, devemos mostrar que é responsabilidade principalmente da família, para que as novas gerações vivenciem e tenham um vínculo afetivo, de respeito e de cuidados.

Conforme a resposta entende-se que a sociedade e o Estado têm o dever institucional e humanitário de buscar a obtenção da dignidade humana não só na infância, mas também na principal fase da terceira idade. Sendo assim, exatamente neste momento é preciso que as políticas públicas apoderem os idosos, que lhes possibilitem a consciência de que não são obstáculos sociais, que dentro de suas limitações físicas e/ou mentais são capazes de realizar tarefas que para muitos são fáceis demais ou demandam paciência e tempo; manter a consciência nestes mesmos de que são úteis e produtivos.

De acordo com Camarano (2010), o entendimento sobre o idoso e família, vem passando por muitas transformações, ora que uma das particularidades da responsabilidade familiar é a omissão

do estado em relação ao apoio, sendo estes desprovidos de políticas que atendam os cuidados efetivos nas instituições.

7. Considerações finais

O envelhecimento é uma fase pela qual todos os indivíduos estão sujeitos a passar, e é certamente a maior etapa da evolução humana. O processo de envelhecimento não é uma realidade atual, este fato está ligado à humanidade desde suas origens. O resultado desse processo se dá através de cada avanço conquistado pela própria sociedade.

Ainda que os idosos sejam assegurados pela legislação brasileira, isso por si só não é capaz de coibir a ocorrência de negligências causadas a essas pessoas. Entende-se que é impossível obrigar que um indivíduo conceda afeto a outro, também que o afeto não esta claramente visível em disposições legais, impactando diretamente a pessoa idosa, contrariando o Princípio da Afetividade, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Proteção aos Idosos e o Princípio da Igualdade.

Com isso, o estudo em pauta trata-se do entendimento acerca do abandono familiar e a situação dos idosos institucionalizados na Casa São José em Teresina-PI, com a seguinte problemática: qual a responsabilidade civil e material dos filhos em relação aos pais institucionalizados? Constatou-se, com fundamento no Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, que a responsabilidade para com os idosos deverá ser primordialmente prestada pelos filhos, esse amparo é fundamental para uma vida longa e com dignidade, conforme descreve o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03 que protege e garante ao idoso a efetuação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao lazer, ao trabalho, ao esporte, á cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, a violação dessas garantias e direitos estão taxados nos artigos 186 e 927 do Código Civil (Estatuto do Idoso, 2003).

Com a probabilidade de violação desses direitos, considera-se a indenização pecuniária, visto que, não existe lei específica para o Abandono Afetivo a pessoa idosa, com isso busca-se uma possível reparação de danos ao idoso, com a finalidade de alcançar e reestruturar a estabilidade violada.

De acordo com os objetivos da pesquisa, considerando os dados colhidos e analisados, as hipóteses foram alcançadas mediante pesquisa de campo, fundamentos jurídicos e leis específicas. Apurou-se, ainda com base nos dados analisados, que a institucionalização de idosos não é meio preventivo para o abandono familiar, pois a violação dos direitos dos idosos é notória, ocasionando drasticamente a saúde mental e física desses indivíduos.

A Casa São José, trata-se de uma instituição voltada a atender os cuidados dos idosos, proporcionando uma longevidade digna, tem a necessidade de receber recursos para custear os gastos, verificou-se que é uma casa confortável e organizada, um dos grandes problemas da instituição é a ausência da família e a omissão do estado em questão de recursos financeiros.

Este estudo mostrou a omissão do poder público com relação aos idosos, considerando-se importante a criação de políticas públicas efetivas que atendam diretamente essa população, se faz necessário, a inclusão de projetos que retratem sobre o abandono familiar nas escolas e a conscientização da sociedade brasileira acerca de um tema tão importante para todos.

Referências

ALCÂNTARA, Adriana de Oliveira. Velhos institucionalizados e família: entre abafos e desabafos. 2ª ed. São Paulo: editora Alínea, 2009.

BALLONE Geraldo José. Afetividade - in. PsiqWeb, Internet, disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/>>, revisto em 2005. Acesso em: 06 mai. 2018. BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. 14. ed. Vade Mecum, Ridel, 2017.

Lei federal nº 10.741 de 01 de outubro de 2003: Estatuto do Idoso. Brasília/DF: Poder Legislativo, 2003.

Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994: Política Nacional do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em: 18. Nov. 2017.

Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993: Lei Orgânica da Assistência social (LOAS). Brasília/DF: Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L87422.htm>. Acesso em: 18. Nov. 2017.

CABRERA, Carlos Cabral; COSTA, Luís Guilherme Wagner Junior; FREITAS, Roberto Mendes Junior. Direitos da criança, do Adolescente e do Idoso. Belo Horizonte, 2006.

CAMARANO, Ana Amélia (Org). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CAMARANO, Ana Amélia. Cuidados de Longa Permanência para a população Idosa: um novo risco social a ser assumido? Rio de Janeiro: Ipea- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996, que Regulamenta a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1948-3-julho-1996-435785-normaatualizada-pe.html>>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

GROISMAN, Daniel. A Infância do Asilo: a institucionalização da velhice no Rio de Janeiro da Virada do século. Disponível em Acessado em: 30 de maio de 2018.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248.

MAZO, G. Z. ET al. Atividade física e o idoso. Porto Alegre: Sulina, 2001.

TOALDO, Adriene Medianeira; MACHADO, Hilza Reis. Abandono afetivo do idoso pelos familiares: indenização por danos morais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.99, abr, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras+artigo_id=11310, <acessado em 01de junho de 2018>.

Articulação da jurisdição constitucional com a jurisdição transnacional

Andréa Depintor

Introdução

A proposta deste artigo é focar na coexistência harmônica entre a Justiça Constitucional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como a intercomunicação de Cortes constitucionais; vale dizer, o juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira no momento da sua decisão.

No primeiro momento, será destacada a importância da mudança de paradigma jurídico trazida pela Professora Flávia Piovesan (2012) do modelo tradicional piramidal para o novo modelo no formato de trapézio aberto ao diálogo de jurisdições constitucional e internacional, principalmente no campo dos direitos humanos. Para essa autora, a crise do tradicional paradigma e a emergência de um novo paradigma jurídico surgem como incentivo ao denominado controle de convencionalidade e ao diálogo entre jurisdições no sistema interamericano.

Em um segundo momento, trataremos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade com destaque para o contexto latino-americano que fora marcado pelos períodos dos regimes ditatoriais e o período de transição política aos regimes democráticos na década de 80.

Em um terceiro momento, o destaque será para as Cortes Latino-Americanas e o controle de convencionalidade. No caso

latino-americano, o processo de democratização na região, acontecido na década de 80, foi o que incentivou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos.

Por fim, será enfatizada a importância de existir um sistema cooperativo entre os Tribunais internos e a CIDH, bem como a necessidade de intensificar o diálogo jurisprudencial entre ambas as jurisdições, com o objetivo de que as Cortes locais apliquem a interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e aos pronunciamentos da CIDH.

I - Mudança de paradigma

Por muito tempo, adotou-se o modelo de paradigma jurídico piramidal com ênfase em três características: i) a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, com a defesa de um sistema jurídico endógeno e autoreferencial; ii) o hermetismo de um Direito purificado, com destaque no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa; iii) o *state approach*, sob um ângulo que compreende como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno (cf. PIOVESAN, F., 2012).

A crise do tradicional modelo piramidal nos leva à necessidade de um novo modelo de paradigma jurídico fundado em três novas características: (cf. PIOVESAN, F., 2012)

i) Formato trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica. Como exemplo, podemos citar a presença das cláusulas abertas nas Constituições latino-americanas, que permitem a integração entre a ordem constitucional (interna) e a ordem internacional (externa), principalmente na área dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º §§ 2º e 3º, exerce este papel do diálogo entre as jurisdições interna e externa, principalmente no

campo dos direitos humanos, expandindo o denominado bloco de constitucionalidade. A Constituição Argentina, após a reforma de 1994, dispõe no art.75, inciso 22 que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição do Peru de 1979 já determinava no art. 105 que preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru ratificou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos previstos nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, no art. 93, atribui hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes permanecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos países. A Constituição do Chile com a reforma de 1989 passou a considerar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados pelo país.

ii) A crescente abertura do Direito, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo. No Brasil, a título de exemplo, citamos a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, que enfrentam temas complexos e de elevado impacto social, tais como: a) utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica (tema da audiência pública concernente ao julgamento da ADIN relativa ao art. 5º da Lei de Biossegurança, em maio de 2008); b) as cotas para afrodescendentes em Universidades (audiência pública concernente ao julgamento da

ADIN de leis estaduais determinando a fixação de cotas raciais em Universidades, realizada em março de 2010); c) o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas (audiência pública realizada em junho de 2011).

iii) O *human right approach*, sob um enfoque que compreende como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno.

A crise do tradicional modelo piramidal de paradigma e a necessidade do novo modelo de paradigma jurídico aparece como contexto a incentivar o controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano.

A Constituição brasileira é rica na consagração de direitos e garantias fundamentais reconhecendo vários dispositivos que vinculam o Estado às obrigações assumidas no âmbito internacional, cujo texto constitucional é marcado por normas internacionais de direitos humanos, podendo citar, desde logo, o artigo 4º que consagra os princípios que norteiam o Estado brasileiro no campo das relações internacionais:

Art.4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Os valores da dignidade da pessoa humana se apresentam como parâmetros axiológicos a orientar o texto constitucional brasileiro, devendo-se acrescentar a ideia que vem estampada no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais.

Vale dizer, ainda, que as normas de proteção dos direitos da pessoa humana não se exaurem no direito interno do Estado; ao

contrário, existem direitos que são incorporados na ordem jurídica estatal em razão dos tratados internacionais, fazendo inclusive que ocorra a mudança hermenêutica dos direitos fundamentais.

O controle de convencionalidade das leis tem recebido atenção especial nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais e constitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria CIDH ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.

Importante destacar que para Ernesto Cantor (2008) há distinção entre controle de convencionalidade no âmbito internacional e nacional. O controle de convencionalidade em sede internacional seria um mecanismo processual que a CIDH teria para averiguar se o direito interno (Constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência, etc.) viola algum preceito estabelecido pela CADH mediante um exame de confrontação normativo em um caso concreto. Assim, seria possível emitir uma sentença judicial e ordenar a modificação, revogação ou reforma de normas internas, fazendo prevalecer a eficácia da Convenção Americana. O segundo – o controle de convencionalidade em sede nacional – o juiz interno aplica a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em caso concreto e elabora uma sentença judicial protegendo os direitos da pessoa humana. Este seria um controle de caráter difuso, em que cada juiz aplicará este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.

Assim, com o controle de convencionalidade, mudanças significativas ocorreram no sistema interno dos Estados fazendo com que sejam condenados pela CIDH a modificar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais, para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito interno.

II – Corte interamericana de direitos humanos e o controle de convencionalidade

As funções da CIDH são classificadas e definidas pela CADH em duas categorias: contenciosa (artigos 61,62 e 63) e consultiva (art. 64).

A Corte deve exercer sua competência contenciosa considerando a responsabilidade do Estado pela violação, uma vez que este se obrigou, ao ratificar a CADH, a não só garantir, como prevenir e investigar, usando todos os recursos que dispuser para impedir as violações da Convenção.

Desses compromissos derivam obrigações de punir, com rigor de suas normas internas, os infratores de normas de direitos humanos constantes de suas legislação e da CADH, assegurando à vítima reparação adequada. A competência contenciosa será *ratione personae*, *ratione materiae* e a *ratione temporis*.

No que tange à competência *ratione personae*, verifica-se que somente os Estados-partes e a Comissão é que possuem legitimidade para acionar a CIDH. No plano americano ainda não foi reconhecido o *jus standi* do indivíduo, isto é, não pode pessoa ingressar diretamente com ações no âmbito da CIDH.

Insta ainda salientar a competência facultativa da Corte. Ou seja, para conhecer qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado-parte da Convenção Americana, a Corte só pode exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana se este Estado, de modo

expresso, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da CADH ou de adesão a ela, ou qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno de direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

Tal declaração deve ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazos determinados ou para casos específicos; da mesma forma, o Estado poderá fazê-lo por meio de convenção especial.

A competência material (*ratione materiae*), por sua vez, está concebida no artigo 62, 3, que prevê que a Corte poderá conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção.

No que se refere à *ratione temporis*, a competência da Corte pode também sofrer limite temporal. Isso porque o art. 62, 2 da referida Convenção, estabelece que a competência possa ser aceita por prazo determinado.

A Corte poderá também se manifestar nas consultas que lhes forem encaminhadas pelos Estados-partes, emitindo pareceres sobre a compatibilidade entre quaisquer de suas leis internas e os instrumentos internacionais.

Diferentemente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade Estado de Direito, Democracia e Direito Humanos, o sistema regional interamericano tem sua origem marcada por um ambiente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos.

Dois períodos marcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período de transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Considerando a atuação da corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões que tratam de cinco diferentes categorias de violação a direitos humanos:

- 1) Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial (compreendendo a maioria das decisões): são decisões que possuem como objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo.
- 2) Violações que refletem questões da justiça de transição: são decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.
- 3) Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito: são decisões relativas ao acesso à Justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.
- 4) Violações de direitos de grupos vulneráveis: são decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.
- 5) Violações a direitos sociais. A CADH estabelece direitos civis e políticos, indicando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais nos art. 26. Já o Protocolo San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (art. 19, par.6º). Já no caso Villagran contra a Guatemala, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Aplicou a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – “o direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para a proteção dos direitos sociais (cf. PIOVESAN, F., 2012).

Vale destacar que o descumprimento de decisão da CIDH gera ao Estado responsabilidade internacional. Não obstante, alguns Estados não se constroem em descumprir as decisões da Corte, como exemplifica decisão do Tribunal Supremo da Venezuela, que simplesmente declarou inexecutável a sentença proferida no caso *López Mendoza v. Venezuela*. Neste caso, a Corte determinou a

anulação das resoluções que cassaram os direitos políticos de López Mendoza, opositor de Hugo Chávez nas eleições presidenciais de 2012, considerando o Estado venezuelano responsável por violação dos direitos à fundamentação e à defesa nos procedimentos administrativos que acarretaram a imposição das sanções de inabilitação, bem como responsável por violação dos direitos à tutela judicial e de ser eleito, todos garantidos na CADH.

É claro que, para justificar o descumprimento de obrigações definidas em instrumentos internacionais que os Estados subscrevam ou em sentenças condenatórias da CIDH, não valem escusas apoiadas no argumento vazio da soberania estatal absoluta. É que, ademais de esse conceito ter sido superado desde há muito, bastaria recordar aos Estados recalcitrantes que foi exatamente mediante um ato de soberania que firmaram os instrumentos internacionais e aceitaram a jurisdição contenciosa daquele Tribunal interamericano (cf. BÁZAN, V. 2011).

Compete ao Estado a responsabilidade primária e ao sistema internacional uma ação suplementar e subsidiária em relação aos direitos violados. Não é bom que a proteção internacional atue como substitutivo da interna; sua função é completar aquela e fomentar sua eficácia.

Insta salientar que os Estados assumem grande importância na estrutura do Sistema Interamericano, pois além de serem criadores do referido Sistema e, portanto, os responsáveis pelo surgimento da Comissão e da Corte, adotam as decisões e diretrizes da OEA, fornecem recursos necessários e assumem compromissos de acordo com os avanços do Sistema Interamericano.

Ao exercer o controle de convencionalidade, conclui-se que a CIDH, por meio de sua jurisprudência, permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais na região latino-americana; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Quanto ao objeto do controle de convencionalidade na CIDH, cumpre dizer que a Corte entende que o controle de convencionalidade não é restrito às normas infraconstitucionais, recaindo, também, sobre as normas de direito interno, aí presentes as normas constitucionais. Nestes termos, qualquer ato normativo interno, seja infraconstitucional – lei, decreto, regulamento, resolução -, ou de caráter constitucional, está sujeitos ao controle de convencionalidade pela Corte.

III – Cortes latino-americanas e o controle de convencionalidade

No caso latino americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos.

Como exemplos podemos citar que a CADH, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1998.

O controle de convencionalidade pode ser compreendido sob dupla perspectiva: (cf. PIOVESAN, F., 2012)

- a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino americanos;
- b) tendo como ponto de partida as Cortes latino americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico.

A obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana e das normas internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico é destacada por uma expressiva jurisprudência regional.

A seguir temos alguns exemplos: (cf. PIOVESAN, F., 2012)

- a) caso decidido pelo Tribunal Constitucional da Bolívia, em maio de 2004, sustenta a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno;
- b) caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004, realça o sistema normativo e jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais;
- c) caso decidido pela Corte Suprema de Justiça da Argentina, em julho de 1992, enfatiza a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico.

Outro tema de peculiar destaque é a imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade, à invalidação de leis de anistia e ao desaparecimento forçado de pessoas como delito permanente.

Nesta direção, destacam-se: (cf. PIOVESAN, F., 2012)

- a) sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 24 de setembro de 2009;
- b) sentença do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela de 10 de agosto de 2007, sustentando a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas é delito permanente, sendo exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, merecendo observância as obrigações dos Estados concernentes aos tratados de direitos humanos, ainda que inexistia lei interna sobre a matéria;
- c) sentença da Corte Suprema de Justiça do Paraguai de 5 de maio de 2008;
- d) sentença da Corte Suprema de Justiça da Argentina de 2 de novembro de 1995, apontando às consequências do “jus cogens” em relação aos crimes contra a humanidade.

Ainda no que diz respeito à obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana no âmbito doméstico, segundo Victor Bázan (2011) por certo, não devemos ignorar que a jurisdição internacional ostenta uma natureza convencional, coadjuvante e complementar das jurisdições nacionais. Para esse autor o controle de convencionalidade pela magistratura local deve ser exercido de ofício. Deixa claro que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a CADH.

Para Victor Bázan (2011), no espaço de interação jurisdicional, vale ter presente que tanto na etapa inicial de um processo em que se investigue violação de direitos humanos, quanto na fase de execução de uma sentença condenatória internacional, a intervenção dos órgãos competentes nacionais resulta iniludível.

A decisão da Corte determina ao Estado-parte a modificação da sua ordem jurídica, a fim de compatibilizá-la com a Convenção Americana. A decisão de inconveniência é obrigatória ao Estado-parte, nos termos dos artigos 62.3 e 68.1 da Convenção, impondo-se-lhe a reforma da sua legislação ou mesma da sua Constituição, conforme aconteceu nos casos “La última tentación de Cristo” e “Caesae v. Trinidad y Tobago”. O descumprimento da decisão gera responsabilidade internacional (artigos 1.1 e 2 da Convenção).

Portanto, a decisão da Corte não nulifica ou derroga as normas internas. Porém, em casos em se discute crimes contra a humanidade, a Corte tem declarado a não aplicação das normas internas com efeitos *erga omnes* para todos os poderes públicos.

De outro lado, a CIDH vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes, isto é, a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das suas decisões.

Em 2004, ao julgar *Tibi v. Ecuador*, a Corte advertiu que:

[...] um tribunal internacional de derechos humanos no aspira – mucho menos todavía que el órgano nacional – a resolver un gran número de litúgios en lo que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya há dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento ¹.

¹ CIDH, “Tibi v. Ecuador”, sentença de 7 de setembro de 2004.

Em 2006, no caso “Almonacid Arellano e outros v. Chile”, a CIDH novamente enfatizou a força obrigatória das suas decisões ao lembrar que, quando um Estado ratifica um tratado, os seus juízes também estão submetidos a ele:

[...] lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. (...) En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo há hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención².

A Suprema Corte argentina, no caso Mazzeo, ao reconhecer a legitimidade do controle de convencionalidade, declarou que

[...] cuando un Estado há ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican em los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

Neste caso, ao lado de admitir a necessidade do controle de convencionalidade, a Suprema Corte argentina afirmou estar submetida à interpretação conferida ao direito convencional pela CIDH. Ou seja, a Corte deixou claro que, ao realizar o controle de convencionalidade, deve observar o sentido outorgado à Convenção pela CIDH:

² CIDH, “Almonacid Arellano e outros v. Chile”, sentença de 26 de setembro de 2006.

³ Suprema Corte de Justiça argentina, Mazzeo, Julio Lilo e outros; recurso de cassação e inconstitucionalidade, M 2333.XLII, 13.07.2007.

Así, la Corte Suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ⁴.

O Tribunal Constitucional da Bolívia também já declarou estar vinculado aos precedentes da CIDH:

El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural, permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional de Perú, párrafo 77), ha establecido que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaliza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial ⁵.

Embora a questão ainda não tenha sido bem analisada pela CIDH e pelos Tribunais nacionais, compreende-se, a partir das decisões já proferidas, que se tenta atribuir eficácia vinculante à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes das decisões, de modo a obrigar os Tribunais nacionais a adotar o sentido atribuído à norma convencional pela CIDH.

Como é evidente, a vinculação aos fundamentos determinantes das decisões da Corte apenas reforça sua autoridade, atribuindo força aos preceitos da Convenção. De modo que o problema está na necessária elaboração e utilização de dogmática capaz de evidenciar a adequada operação com os precedentes, evitando-se a sua perpetuação equivocada, assim como aplicação a casos substancialmente distintos.

⁴ Suprema Corte de Justiça argentina, Mazzeo, Julio Lilo e outros; recurso de cassação e inconstitucionalidade, M 2333.XLII, 13.07.2007.

⁵ Tribunal Constitucional da Bolívia, Sentencia 0664/2004-R, 06.05.2004.

Conclusão

A cooperação entre os Tribunais internos e os internacionais não gera uma relação de hierarquização formalizada entre estes e aqueles, mas traça uma vinculação de cooperação na interpretação *pro homine* dos direitos humanos.

Na dinâmica interativa entre os Tribunais locais e a CIDH, o controle de convencionalidade se vincula ao estabelecimento por esta de padrões hermenêuticos gerais, que devem ser observados por aqueles, com vistas a lutar para que os atos internos se conformem aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado e evitar que este incorra em irresponsabilidade internacional, para o que concorre a convergência de razões de preservação da sustentabilidade do próprio sistema interamericano de garantias.

Faz-se necessário insistir na conveniência de que se intensifique um diálogo jurisprudencial crítico e efetivo, não etéreo, entre a CIDH e os respectivos órgãos de cúpula da justiça constitucional dos Estados que integram o sistema interamericano. E isso com a finalidade de que não apenas estes acatem os modelos lavrados pela CIDH, mas que, a seu turno, possam partir das jurisdições constitucionais, com vista ao fortalecimento progressivo da defesa dos direitos fundamentais da região.

Referências

BAZAN, V. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. Tradução Paulo Paiva. In: **DPU**, n. 41 – set./out. 2011, Seção especial – Doutrina Estrangeira. DOI: 10.11117/22361766.41.01.04. p. 218 – 235. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1953/1061>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CANTOR, Ernesto Rey. Control de conveniconalidad de las leyes y derechos humanos. México, D.F.: Porrúa, 2008.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, n. 19 - jan./jun. 2012. p. 67 - 93. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2018.

Da regularização fundiária como medida impositiva da transversalização dos Direitos Humanos

Francis Pignatti do Nascimento

Mônica de Oliveira Silva Fiori

Introdução

Este artigo trata da regularização fundiária como instrumento de garantia do Direito Humano à moradia. Utiliza, para tanto, os índices oficiais produzidos pelos Oficiais do Registro de Imóveis das localidades objeto do presente estudo.

A constatação de que o número de moradias irregulares tem crescido exige a adoção de políticas públicas de regularização fundiária para o desenvolvimento urbano, assegurando a inclusão social de todos os cidadãos.

Dessa forma, são apresentadas as etapas desse programa de regularização fundiária, principalmente a figura dos legitimados na busca da efetividade dos Direitos Humanos.

1. A regularização fundiária como forma de transversalização dos direitos humanos

Considerando as condições precárias da população brasileira de baixa renda, que residem em comunidades carentes, loteamentos irregulares, conjuntos habitacionais emergenciais em locais deficitários de infraestrutura urbana mínima, surge a necessidade de criar uma política socialmente justa e ambientalmente

equilibrada, o Estatuto da Cidade – Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001, estabeleceu que os planos diretores devessem prever as Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS.

Sobre a importância de ZEIS assevera-se que a delimitação destes assentamentos como ZEIS permite adotar padrões urbanísticos especiais e procedimentos específicos de licenciamento além de contribuir para o reconhecimento da posse de seus ocupantes (CARVALHO, 2010, p. 129-160).

Neste sentido, são necessárias políticas públicas eficientes, que em conjunto com o instituto da regularização fundiária de interesse social possam solucionar o problema garantindo a diminuição das desigualdades sociais e proporcionar o direito de moradia adequado entre outros serviços, principalmente quando se observa os Direitos Humanos dentro da ótica da “transversalização”. Isto pois, os Direitos Humanos devem garantir todas as pessoas numa base de igualdade, não discriminação e não violência dos direitos humanos intrínsecos a uma vida digna.

Quando o ser humano deixou de ser nômade e estabeleceu seu modo de vida social na terra, surgiram as primeiras vilas e cidades. O legislador sentiu a necessidade da edição de normas que pudessem resolver problemas advindos da urbanização pautados nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, do Direito à Moradia e na Função Social da Propriedade.

Ademais, o instituto da regularização fundiária é um instrumento eficaz para permitir o acesso à moradia. Entretanto, é fundamental sua transversalização com outras ações públicas que possibilitem o desenvolvimento socioeconômico dos beneficiários. Logo, é certo o direcionamento adequado e coerente de políticas públicas em conjunto com a referida Lei 13.465/2017.

A legitimação fundiária pode contemplar tanto a unidade imobiliária sobre área privada quanto aquela existente sobre área pública. Relativamente às áreas públicas, é provável que tenha de haver, antes, a aprovação da desafetação do bem, de modo a deixá-lo livre para a posterior regularização por meio dos instrumentos

previstos em lei. Por outro lado, em se tratando de imóvel público, determina o §4º do art. 23 da Lei 13.465/2017 que "[...] a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária (BARROS, 2018).

É necessário salientar que os ocupantes dos imóveis são aqueles que mantêm poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais, sendo que a ocupação em imóvel privado *induz a posse*, enquanto imóvel público *induz a detenção*.

A Lei n. 13.465/2017 ensina que os legitimados poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive requer os atos de registro perante os Oficiais do Registro de Imóveis competentes. Nesse sentido, poderão requerer e promover a regularização fundiária urbana:

Art. 14. Poderão requerer a Reurb:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta;

II - os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana;

III - os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores;

IV - a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes; e

V - o Ministério Público (BRASIL, 2017).

A legitimação fundiária urbana mostra todas as pessoas que possuem capacidade para o pedido de regularização fundiária urbana. Trata-se de rol taxativo composto por todos aqueles que

possuem real interesse na regularização do imóvel ilegal, seja por meio de suas atividades fins ou como legítimo prejudicado com o fato dos loteamentos irregulares. O prejuízo ao “Erário Público” ou o “Prejuízo dos Direitos Sociais” de todos aqueles que se encontram à margem da discriminação econômica deve ser combatido pelo Estado, na qualidade de garantidor e provedor dos direitos inerentes a qualidade da pessoa humana.

O processo de Reurb pode ser realizado individualmente para um determinado imóvel, se não houver iniciativa do Poder Público em realizar a Reurb de forma institucional, coletiva, o ocupante não pode ser prejudicado, mantendo seu imóvel na irregularidade.

Na titulação o município deve realizar um levantamento *in loco* para verificar quem são os ocupantes de cada imóvel e que receberão o título, verificando se existem na área objeto de regularização, imóveis já regularizados, como por exemplo, os usucapidos, ou os regularizados em decorrência de outros processos de regularização fundiária anteriores, a existência de imóveis em condomínio, entre outras situações que certamente surgirão no decorrer do processo.

Ademais, os servidores envolvidos na Reurb deverão manter contato com o Cartório de Registro de Imóveis do município, de modo que o Registrador, mesmo informalmente, acompanhe todo o processo, orientando a equipe municipal, na área de seu conhecimento, de modo que, ao final, toda documentação esteja apta para registro em cartório.

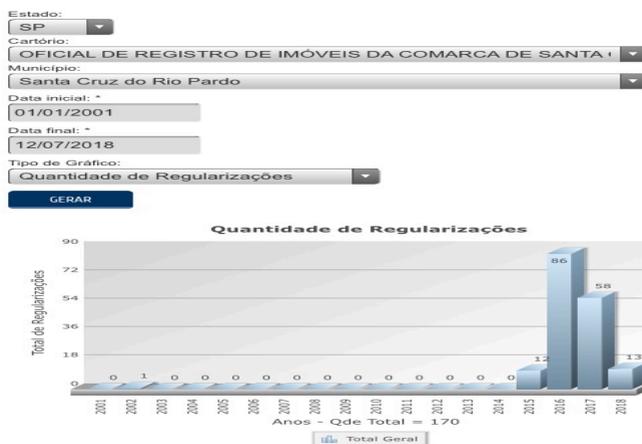
As Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo mostram o Cadastro de Regularização Fundiária Urbana, que é destinado ao cadastramento dos projetos de regularização fundiária registrados nas unidades de registros de imóveis do Estado de São Paulo.

O Cadastro de Regularização Fundiária Urbana do Estado de São Paulo é constituído por Sistema de Banco de Dados Eletrônico (DBMS) e estatísticas, além de interface de acesso disponível pela Internet, com informações das regularizações fundiárias efetivadas

a partir da edição da Medida Provisória n. 459, de 25 de março de 2009, convertida na Lei n. 11.977, de 7 de setembro de 2009 (BRASIL, 2009).

Neste sentido, os dados do sistema serão públicos e acessíveis à população e às autoridades por aplicativo web, assim como poderão ser compilados e livremente divulgados, o que ocorrerá no transcorrer deste trabalho quando da análise quantitativa de regularizações fundiária que ocorreram nos últimos anos nos Municípios Paulistas de Santa Cruz do Rio Pardo, São Pedro do Turvo e Ribeirão do Sul, visualizando os avanços sentidos com a positividade do instituto da regularização na garantia dos Direitos Fundamentais do povo brasileiro.

Imagem 01: Quantidade de regularizações no Município de Santa Cruz do Rio Pardo – Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis**. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 02: Quantidade de Unidades regularizadas no Município de Santa Cruz do Rio Pardo – Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis.** Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 03: Quantidade de Unidades registradas no Município de Santa Cruz do Rio Pardo – Estado de São Paulo



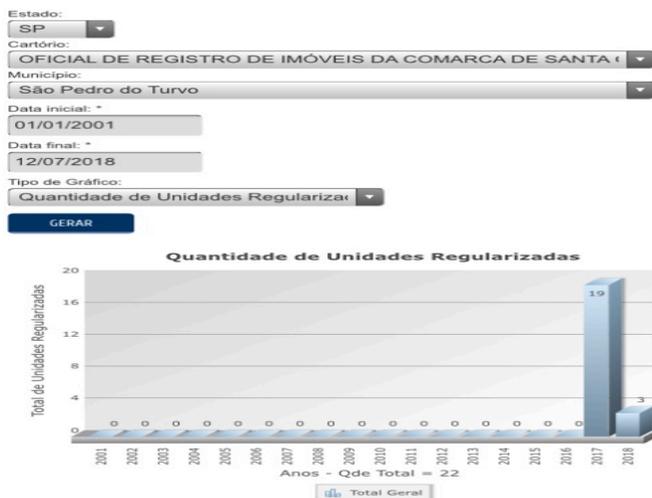
Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis.** Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 04: Quantidade de regularizações no Município de São Pedro do Turvo – Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis**. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 05: Quantidade de unidades regularizadas no Município de São Pedro do Turvo – Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis**. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 06: Quantidade de unidades registradas no Município de São Pedro do Turvo – Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis.** Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 07: Quantidade de regularizações no Município de Ribeirão do Sul – Estado de São Paulo



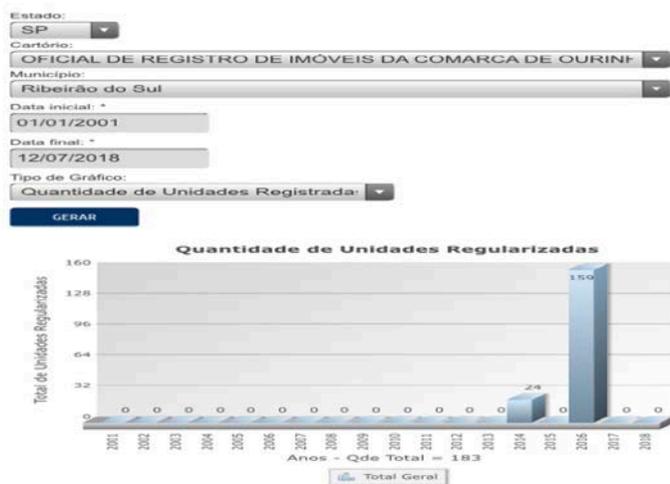
Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis.** Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem o8: Quantidade de unidades regularizadas no Município de Ribeirão do Sul – Estado de São Paulo



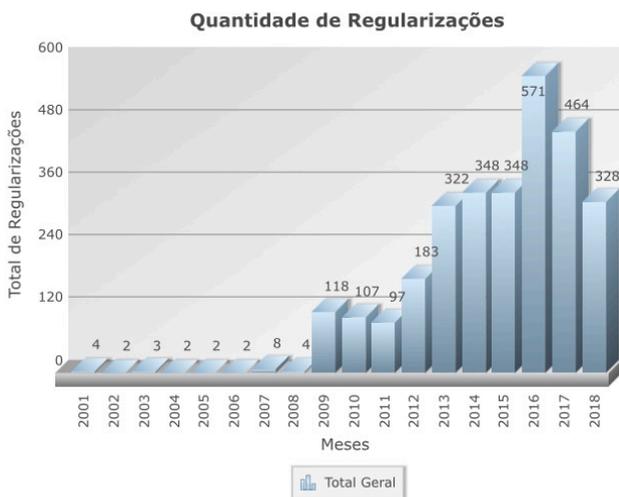
Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis**. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem o9: Quantidade de unidades registradas no Município de Ribeirão do Sul – Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis**. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Imagem 10: Quantidade de regularizações nos últimos anos no Estado de São Paulo



Fonte: Registradores. **Central Registradores de Imóveis**. Disponível em: <https://www.registradores.org.br/RF/frmGraficos.aspx?from=U>. Acesso em 25 jul. 2018.

Neste sentido, não é observado dentro da regularização fundiária (Reurb) o artigo 71 de Lei n. 13.465/2017 que é expresso na dispensa de desafetação quando o bem público for objeto de regularização fundiária. Neste sentido, o artigo 71 ensina que: “Para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do art. 17 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993” (BRASIL, 2017).

É necessário salientar que o objetivo da regularização fundiária são as moradias residenciais, mas poderão ocorrer situações de imóveis localizados dentro do loteamento que não tenha tal destinação, são os casos de lotes ou imóveis comerciais. O objetivo da Lei de Regularização Fundiária é regularizar todos os imóveis. Nesses casos, quando a Administração Pública conceder o Título de Legitimação Fundiária ao beneficiário na Reurb-S, deverá

reconhecer, com base no artigo 23, §1º, inciso III, da Lei n.13.465/2017, o interesse público em sua ocupação (BRASIL, 2017).

Os municípios poderão mitigar as exigências e os padrões urbanísticos com o objetivo de alcançar o objetivo da regularização fundiária urbana, sendo que:

Artigo 11. § 1. Para fins da Reurb, os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edifícios (BRASIL, 2017).

A regularização urbana pode ser feita por etapas, neste caso atingindo somente as áreas que não abrangem áreas ambientalmente protegidas, nos termos do art. 12, § 3º, da mesma lei. A Lei n.12.651/2012, em seu artigo 64, ensina que na Reurb-S dos núcleos urbanos informais, que ocuparem Áreas de Preservação Permanente, serão regularizadas por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana:

§ 1. O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior com a adoção das medidas nele preconizadas. § 2. O estudo técnico mencionado no § 1 deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos: I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada; II - especificação dos sistemas de saneamento básico; III - proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações; IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização; V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso; VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água (BRASIL, 2012).

Igualmente, no caso da regularização fundiária urbana de interesse específico, as ocupações de áreas de preservação permanentes não identificadas como áreas de risco, a regularização fundiária será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana.

O projeto de regularização fundiária de interesse específico deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior, sendo que ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado.

Na regularização fundiária inominada que se aplica aos loteamentos irregulares anteriores a 19 de dezembro de 1979 não será necessário apresentar estudos técnicos. Os estudos técnicos serão realizados pelo próprio município quando houver órgão legalmente habilitado e não existindo os estudos serão atribuição ao Estado.

A Lei n. 13.465/2017 traz um prazo de consolidação para as áreas objeto de regularização, determinando que somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais, existentes até 22 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2017).

Importante observar que a Lei não faz referências a prazos para a ocupação pelo beneficiário, determinando somente uma data limite para a formação do núcleo urbano informal. Não se leva em consideração o tempo da ocupação (posse) como já estabelece as ações de usucapião. O que se observa aqui é o ocupante do imóvel no momento que está sendo realizada a regularização fundiária.

Ademais, a lei também abrange os imóveis urbanos localizados em áreas rurais, em que as unidades imobiliárias devem possuir área inferior à fração mínima de parcelamento, prevista na Lei n. 5.868/1972, que é a Lei que Cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural (art.8, § 6º). É o caso de pequenos povoados existentes em áreas rurais, que não se transformaram em distritos (BRASIL, 1972).

Esses pequenos povoados em áreas rurais estão fora do perímetro urbano dos municípios, mas não são áreas rurais mesmo estando dentro de matrículas referentes a propriedades rurais, é o caso do Bairro da Guariroba (também conhecido como Patrimônio) no município de Ribeirão do Sul – Estado de São Paulo, pequeno povoado em área rural, a nove quilômetros da sede do Município.

O município de Ribeirão do Sul foi criado com a denominação de Ribeirão dos Pintos, por Lei n. 2627 de 14 de janeiro de 1936, no Município de Salto Grande (BRASIL, 1936). Em divisões territoriais datadas de 31-XII-1936 e 31-XII-1937, Ribeirão dos Pintos é Distrito judiciário do Município de Salto Grande. Por Lei Estadual Paulista n.9073 de 31 de março de 1938, o Distrito de Ribeirão dos Pintos permanece no Município de Salto Grande, pelo Decreto Estadual n.9775 de 30 de novembro de 1938 (BRASIL, 1938).

Elevado à categoria de município, com a denominação Ribeirão do Sul, por Lei Estadual n. 8092 de 28 de fevereiro de 1964, desmembrado de Salto Grande, constituído do Distrito Sede sua instalação verificou-se no dia 24 de março de 1965 (BRASIL, 1964).

O povoado é constituído de uma Igreja Católica, uma Igreja Evangélica, uma praça com gramado e bancos para apreciação do local, vias de asfalto, coleta de lixo semanalmente, iluminação pública, várias casas residenciais e uma pequena venda. Tudo caminha calmamente neste local, localizado entre imóveis rurais com acesso por estrada municipal asfaltada ao local. O povoado está inserido no Município de Ribeirão do Sul – Estado de São Paulo, não possuindo nenhuma regularização registral.

O Povoado da Guariroba é um imóvel (patrimônio), localizado na Zona Rural do Município de Ribeirão do Sul, com características de imóvel urbano, localizado 09 (nove) quilômetros da sede do Município, conforme foi constatado em pesquisa de campo. É constituído por uma praça, ruas asfaltadas, energia elétrica e casas residenciais. Os moradores do povoado, em sua grande maioria, trabalham no próprio município de Ribeirão do Sul, possuindo o local fácil acesso a BR 153 e acesso secundário ao Município de

Campos Novos Paulista – Comarca de Palmital – Estado de São Paulo.

O povoado da Guariroba possui Iluminação Pública e todas as características de imóvel urbano, mesmo estando localizado dentro de uma área rural do município. O Povoado da Guariroba possui ponto de ônibus para os moradores, contribuindo com o deslocamento dos mesmos à sede do Município distante 9 quilômetros.

Mas para alcançar os objetivos da regularização fundiária urbana faz-se necessário observar o caminho determinado pela Lei n. 13.465/2017, isto é, deve ser realizado a demarcação urbanística, que é o procedimento destinado à identificação dos imóveis públicos e privados abrangidos pelo loteamento informal. A demarcação urbanística é medida de identificação dos proprietários tabulares registrados dentro da matrícula ou transcrição do imóvel.

A emissão pelo Município da Certidão de Regularização Fundiária (CRF) somente é possível após projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo à sua execução e no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos, sendo este documento expedido no final do procedimento de regularização (MAUX, 2017, online).

A *legitimação de posse* é ato do poder público destinado a conferir “título”. O título de posse neste caso faz efeito face o imóvel objeto de regularização e pode ser convertido em direito real de propriedade, sendo que a *legitimação fundiária* reconhece a aquisição originária do direito real de propriedade. Observe que legitimação de posse é um instrumento que não se confunde com legitimação fundiária. O primeiro “poderá” ser convertido em direito real, mas o segundo “já é” direito real.

O procedimento de registro da Reurb no Cartório de Registro de Imóveis também veio disciplinado na Lei de Reurb, em seus artigos 42 a 54, definindo as medidas a serem adotadas pelo

Registrador. Embora não se exija a Certidão de Regularização Fundiária-CRF, nem o Projeto de Regularização Fundiária, os imóveis objeto da Reurb-I serão registrados obedecendo o teor do art. 44, da Lei de Reurb:

Art. 44. Recebida a CRF, cumprirá ao oficial do cartório de registro de imóveis prenotá-la, autuá-la, instaurar o procedimento registral e, no prazo de quinze dias, emitir a respectiva nota de exigência ou praticar os atos tendentes ao registro.

§ 1. O registro do projeto Reurb aprovado importa em: I- abertura de nova matrícula, quando for o caso; II- abertura de matrículas individualizadas para os lotes e áreas públicas resultantes do projeto de regularização aprovado; e III- registro dos direitos reais indicados na CRF junto às matrículas dos respectivos lotes, dispensada a apresentação de título individualizado.

§ 2º Quando o núcleo urbano regularizado abranger mais de uma matrícula, o oficial do registro de imóveis abrirá nova matrícula para a área objeto de regularização, conforme previsto no inciso I do § 10 deste artigo, destacando a área abrangida na matrícula de origem, dispensada a apuração de remanescentes.

§ 3º O registro da CRF dispensa a comprovação do pagamento de tributos ou penalidades tributárias de responsabilidade dos legitimados.

§ 4º O registro da CRF aprovado independe de averbação prévia do cancelamento do cadastro de imóvel rural no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) (BRASIL, 2017)

A Transcrição de Imóvel no Oficial do Registro de Imóveis deu-se por meio do Decreto n. 4.857 de no ano de 1.939 e o registro baseava-se em transcrever as transmissões no livro de Transcrição. Quando se fala em Transcrição, esse modelo de registro evidenciava os dados pessoais dos proprietários, sendo o imóvel em si, figurado apenas como o objeto daquele registro, por este motivo as transcrições apresentavam descrição precária referente ao imóvel.

A regulamentação para utilização do livro de Matrículas pelos Oficiais do Registro de Imóveis entrou em vigor com a Lei n. 6015/1973, mas as mudanças na lei para os cartórios, não excluiu a validade do sistema anterior instituído pelo Decreto n. 4.857/1939,

tampouco mudou a situação dos imóveis registrados no livro de transcrição. Isso significa que os imóveis que foram registrados no livro de transcrição e não passaram por atualizações, permanecem registrados nos livros de Transcrições (BRASIL, 1973).

Assim, é inegável a importância do registro de imóvel face o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que possuímos um histórico legislativo composto pelo entendimento que só é proprietário de um imóvel aquele que registra. É certo que o registro de imóvel é ato que formaliza a aquisição do bem e garante a posse ao proprietário. O registro de imóvel se torna fundamental para legitimar que o comprador de fato é realmente o dono da propriedade.

De acordo com o Código Civil brasileiro, a transferência e/ou compra de um imóvel só é oficial após o registro em Cartório de Imóveis. O artigo 1245 do Código Civil ensina:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2. Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel (BRASIL, 2002).

É necessário salientar que, caso o registro não seja feito, o imóvel continuará como propriedade do vendedor e poderá ser utilizado em penhora ou para quitação de demais dívidas. A inexistência de registro imobiliário também inviabiliza a constrição persecuidada ante o disposto no § 4º do art. 659 do CPC, em razão da necessidade de averbação da penhora no registro público, para resguardar direitos do exequente e de terceiros (BRASIL, 2015).

Ponto positivo dos avanços legislativos dentro do campo da Transcrição/Matrícula é visualizar que as matrículas de imóveis caracterizam a correta localização e descrição do imóvel, constando

as benfeitorias presentes nos referidos imóveis, a seqüência das informações a respeito das transmissões, atuais proprietários, averbações e anotações localizadas na matrícula do imóvel que se mostram elementares.

Quando existe a necessidade de informação dos dados presente no registro da matrícula os interessados devem comparecer no Oficial do Registro de Imóveis e solicitar certidão de matrícula atualizada. As certidões de matrículas de imóvel atualizada são solicitadas através do número da matrícula onde o imóvel encontra-se registrado ou através do endereço completo com informação de lote, quadra e planta.

Faz jus salientar que a transferência da propriedade de bem móvel ocorre pela tradição (entrega) e no caso de bem imóvel do registro do título aquisitivo (escritura ou contrato) no Oficial do Registro de Imóveis competente.

Assim sendo, a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) mostra que a alienação do imóvel deve ser registrada em até 30 dias quando apresentada ao Oficial do Registro de Imóveis competente, salvo se existir notas de exigência requerendo retificações do título para registro. Nos demais casos o registro ocorre normalmente, ou seja, após o recebimento das documentações de compra e venda pelo adquirente o mesmo encaminha ao registro que será realizado no prazo de 30 dias (BRASIL, 1973).

Quando do registro do título pelo Oficial Registrador o mesmo deve observar se a compra do imóvel e definição das regras contratuais está em conformidade com a lei, ou seja, lavratura de escritura por tabelionato de notas ou contrato de compra e venda nos casos que não ultrapasse trinta (30) salários mínimos. Nessa direção, o artigo 108 do Código Civil brasileiro ensina:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 2002).

Também, quando da lavratura da escritura o Tabelião de Notas deve-se observar se os impostos foram pagos, no caso de compra e venda o recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens e Imóveis (ITBI) e no caso de doação o recolhimento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e em seguida o Oficial Registrador de Imóveis registrará a Matrícula do Imóvel a alienação/aquisição do mesmo.

Para fins do artigo 108 do Código Civil brasileiro, deve ser adotado o valor calculado pelo Fisco, ou seja, o artigo fala em valor do imóvel e não em preço do negócio, mas deve ser considerado o valor do imóvel calculado pelo Fisco que deve ser levado em conta para verificar se será necessária ou não a elaboração da escritura pública (BRASIL, 2002).

Assim sendo, a avaliação feita pela Fazenda Pública para fins de apuração do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos, previstos em lei, os quais admitem aos interessados o conhecimento das circunstâncias consideradas na formação do quantum atribuído ao bem (trata-se de um critério objetivo e público).

Com o objetivo de evitar fraudes o Superior Tribunal de Justiça adota o valor do imóvel calculado pelo Fisco evitando possíveis fraudes. Isso porque, as partes poderiam inserir no contrato um preço para o imóvel bem abaixo do real, apenas para fugir da obrigatoriedade da escritura pública, fugindo da finalidade da lei com a exclusiva finalidade de burlar o fisco e não recolher os tributos e emolumentos devidos. Após a apresentação da documentação e do pagamento da taxa de Registro o Cartório tem o prazo de 30 dias para registrar a escritura e no final o Cartório entregará ao comprador a matrícula atualizada do imóvel com as informações dos atuais proprietários objeto do registro.

Finalmente, algumas medidas podem ser aplicadas para se atingir a função social da propriedade e o direito a uma moradia digna. O direito à moradia impõe condições dignas inseridas no

meio social. Não se trata apenas de uma construção onde serão abrigadas as famílias, envolve serviços básicos, promoção da desigualdade social, garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado entre outros benefícios, alcançando o real sentido dos Direitos Humanos dentro do campo da Transversalização.

Considerações finais

Ante o exposto, denota-se a relevância da temática, ao que se refere a regularização fundiária como instrumento de garantia do Direito Humano à moradia, mediante a análise de índices oficiais produzidos pelos Oficiais do Registro de Imóveis das localidades estudados neste trabalho.

Não obstante, verificou-se também que o número de moradias irregulares tem crescido, exigindo a adoção de políticas públicas de regularização fundiária para o desenvolvimento urbano, assegurando a inclusão social de todos os cidadãos.

Dessa forma, este trabalho apresentou as etapas de regularização fundiária, principalmente a figura dos legitimados na busca da efetividade dos Direitos Humanos.

Referências

BARROS, Felipe Maciel P. **Da (in)constitucionalidade da legitimação fundiária.**

Disponível em: <<https://m.migalhas.com.br/depeso/287119/da-inconstitucionalidade-da-legitimacao-fundiaria>>. Acesso em 30 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 4.857, de 09 de novembro 1939.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm>
Acesso em 31 mai. 2019.

_____. **Decreto n. 9.073, de 31 de março 1938.** Disponível em:

<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1938/decreto-9073-31.03.1938.html>>. Acesso em 31 mai. 2019.

_____. **Decreto n. 9.775, de 30 de novembro 1938.** Disponível em:
<<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=125103>> Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Lei n. 2.627, de 14 de janeiro de 1936.** Disponível em:
<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1936/lei-2627-14.01.1936.html>>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. **Lei n. 5.868, de 12 de dezembro de 1972.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em 31 mai. 2019.

_____. **Lei n.6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5868-12-dezembro-1972-358040-norma-pl.html>>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Lei n. 8.092, de 17 de março de 1964.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4320.htm>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm> Acesso em 22 jun. 2018

_____. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em 31 mai. 2019.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 out. 2017.

_____. **Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Lei n. 12.727, de 17 de outubro de 2012.** Disponível em:
<<http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2014/10/Lei-12727-2012-Codigo-florestal.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Medida Provisória n. 459, de 25 de março de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/mpv/459.htm>. Acesso em 22 jun. 2018.

CARVALHO, Santos Celso. Regularização Fundiária. In: DANALDI, Rosana; ROSA, Junia Santa. (Org) **Ações integradas de urbanização de assentamentos precários.** 2ª ed. 2010, p. 129 a 160. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/PNUD_Curso_a_distancia_Miolo.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019.

MAUX, Filipe Gustavo Barbosa. **Regularização fundiária urbana – conceitos, objetivos, pressupostos e efetivação registral.** Associação dos Notários e Registradores do Estado do Rio Grande do Norte, 28 ago 2017. Disponível em: <<http://www.anoregrn.org.br/noticia/regularizacao-fundiaria-urbana-reurb-conceitos-objetivos-pressupostos-e-efetivacao-registral/5065>>. Acesso em 28 jul. 2018.

Direito fundamental à autonomia da pessoa com deficiência, a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito

*Gabriel Martinez Raymundo
Tiago Natari Vieira*

Introdução

Os direitos fundamentais têm cada vez mais se concretizados no mundo e não só isso, com o desenvolvimento da sociedade novos direitos tem sido criados, isso faz com que o Estado sempre esteja atento aos movimentos da sociedade. É isso já é algo que acontece talvez desde o princípio da humanidade, principalmente com os eventos relacionados ao constitucionalismo, eventos como a Revolução Americana e Francesa.

Como a maioria dos países já tem bem sólidos estes direitos em seus documentos constitucionais, estamos vivendo um tempo de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, buscando um conjunto de leis constitucionais única para todas as nações, algo que aparentemente impossível, mas de grande relevância para discussão, pelo fato dos direitos humanos ser uma questão mundial. Assim tem havido tratados internacionais ao qual países tem aderido à estes documentos aos quais devem ser obedecidos pelos países signatários.

O Brasil é signatário de alguns tratados como por exemplo o Pacto de San José da Costa Rica e a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo

(Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009). Este pacto que o Brasil segue é de grande relevância para os direitos humanos, e nos mostra que este desenvolvimento do direito é sempre contínuo, todas as questões relativas ao homem e ao seu bem estar ainda devem ser observadas, pois a qualquer momento pode haver o nascimento de uma nova célula dos direitos fundamentais.

Com o Brasil seguindo essa nova regra dos portadores de deficiência, o que devemos analisar agora é como ficam os direitos relativos à eles, principalmente no que tange a capacidade civil, claro que sempre houve preocupação do Poder Público com os direitos destas pessoas, situações que muitas vezes nós vemos no dia a dia, como por exemplo placas preferenciais entre outros. Mas faz-se necessário estudar esta questão no campo do direito privado, onde as relações são mais complexas e também é preciso analisar questões como por exemplo o tipo de deficiência e quais seriam as limitações dentro deste campo.

O tema por ser novo ainda pode gerar novos desdobramentos no campo do direito privado, e de repente um novo direito fundamental diante da complexidade das relações jurídicas.

E a capacidade civil é de suma importância neste ramo pois ela é quem dá vida ao surgimento de outros direitos no ramo civil, portanto temos de ver as questões limitativas quando tratamos dos portadores de deficiência.

1. Os direitos humanos e a previsão constitucional de sua proteção

Os direitos humanos tem sido de grande importância no ordenamento jurídico dos países, que mesmo com a ideia de sua existência e o seu desenvolvimento não bastaram para que fossem concretizados, fez-se necessário a positivação de tais direitos nos documentos constitucionais, principalmente dos naturais, não somente tais pontos mas é necessário que o Estado esteja atento aos

anseios da sociedade com o objetivo de positivizar novos direitos que venham a surgir.

A Constituição de 88 tem expresso no seu texto a proteção dos direitos humanos ou fundamentais, previsto no título II, classificada no gênero direitos e garantias fundamentais, dividida nos grupos a saber: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Toda esta divisão dos direitos fundamentais, se desdobrado cada tópico, nós teremos uma grande variedade de direitos tipificados, mas este rol devemos lembrar que não é taxativo posto que os direitos humanos são uma prioridade na sociedade, justamente porque estamos lidando com vidas e necessidades, sendo assim a limitação dos mesmos é algo prejudicial.

Quando falamos de direitos e deveres individuais e coletivos, Pedro Lenza em sua doutrina descreve:

“como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art 5º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte”. (LENZA), 2014, p.1055)

Vemos com esta posição que os direitos fundamentais não são limitados, eles têm um caráter expansivo um desdobramento contínuo, além de terem proteção constitucional expressa e específica, eles podem ser encontrados em qualquer outro documento de caráter normativo. O que nós podemos perceber nisso tudo é a grande preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Todos os direitos fundamentais trabalham com a dignidade da pessoa humana, visando a proteção dos homens e garantindo-lhes o direito de uma vida digna, por isso estes direitos foram repartidos em dimensões, com intuito de organizá-los e facilitar o entendimento.

Estes direitos são divididos em dimensões ou gerações que atualmente nos temos quatro delas. Começando pelos direitos fundamentais de 1º dimensão que apresentam a passagem de um Estado autoritário para um Estado que passa a respeitar as liberdades individuais. E a sua criação de deu por grandes marcos históricos no mundo, os quais são: a Magna Carta de 1215, Paz de Westfália de 1648, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1688 e as Declarações americana de 1776 e francesa de 1789. Todos estes documentos criados ao longo dos acontecimentos históricos, nós trouxeram grande parte dos direitos fundamentais. E o mais importante é que são eles que colocam fim ao absolutismo estatal, então passamos a viver em um momento onde o Estado passa a ser menos interveniente na vida do indivíduo e este passa a ter mais liberdade.

Já os de 2º dimensão buscam os direitos relativos ao coletivo, isso seriam os direitos sociais, aqui o foco não seria mais o indivíduo, mas uma coletividade, poderíamos citar como exemplo os direitos trabalhistas, que também surgiram em decorrência de fatos históricos como a Revolução Industrial, o movimento cartista na Inglaterra e a comuna de Paris. Importante notar que aqui é um momento em que o Estado passa a ser um pouco mais interveniente na esfera privada para buscar a efetivação dos direitos sociais, pelo fato desses serem um caminho para buscar a igualdade social. As Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha e o Tratado de Versalhes de 1919 são documentos que se destacam no quesito de direitos sociais.

Os de 3º dimensão que tem um envolvimento forte com toda a comunidade mundial, que são aqueles que vão além do indivíduo, também chamados de transindividuais, mas que são necessários ao ser humano, embasados na dignidade da pessoas, como por exemplo o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável, direito de comunicação e direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Todos eles são temas discutidos

atualmente no mundo e que as nações buscam melhores meios para aperfeiçoá-los.

A 4^o dimensão de direitos fundamentais, tema que ainda não está bem concretizado na doutrina, pode ser definido como aquele que discute as questões relativas à engenharia genética e da globalização política, como o pluralismo, informação e democracia.

Por fim os direitos de 5^o dimensão, que seria no caso o direito à paz, mas como vimos anteriormente já está classificado como direito de 3^o dimensão, pois é assim que grande parte da doutrina o classifica. Mas interessante a ideia de considerá-lo como uma categoria única ao ponto de ser algo buscado pelo mundo todo e ser essencial para a dignidade de toda a pessoa.

Assim a Constituição Brasileira de 88 carrega em seu texto artigos que apresentam todas as dimensões de direitos, não somente nela, mas também nas normas infraconstitucionais e nos tratados internacionais.

2. Diferenças da internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional

Importante salientar as diferenças entre a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional, ambos os institutos são diferentes, embora possam parecer a mesma coisa.

Uma Constituição surge em decorrência de um poder constituinte originário, em que o Estado elabora suas normas gerais de acordo com a cultura de uma sociedade e suas exigências, estas normas têm um caráter limitativo, somente se aplicam dentro do território em que foram criadas.

Quando uma Constituição já está solidificada e uma sociedade já está organizada, o país passa a ter relações com outros países, isto é fundamental para a criação e o aprimoramento de direitos, fundamental para questões políticas, econômicas, jurídicas e principalmente relacionadas aos direitos e garantias fundamentais.

Portanto a internacionalização do Direito Constitucional, consiste na expansão de ideias positivadas que se fazem necessárias ao relacionamento entre Estado e indivíduo, podemos citar como exemplo desta expansão a Declaração de Direitos da Virgínia nos Estados Unidos, no ano de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem na França, período da Revolução Francesa. Todos estes documentos trazem um grande base dos direitos que nós já temos expressos em nossas constituições, que se fazem necessário para a vida humana. (CASTILHO, 2012, p. 20).

Podemos mencionar como exemplo, o direito à vida, propriedade privada, direito por um julgamento justo com um júri imparcial, direito de habeas corpus etc. Todos os direitos relativos à um Estado menos interveniente, colocando um fim ao absolutismo estatal e garantindo a liberdade do indivíduo.

Não somente os fatos históricos, mas o conhecimento de grandes pensadores na filosofia do direito contribuíram para esta expansão internacional do direito constitucional, como Montesquieu, ao criar a ideia da separação de poderes justamente para evitar os abusos oriundos do Estado, que é presente na Declaração de Direitos da Virgínia além de outros documentos constitucionais e não podemos esquecer que tal ideia é atual, por prevalecer em muitas nações.

Sobre a internacionalização vale dizer que o artigo 1º da Carta das Nações Unidas, diz que os países signatários do tratado devem zelar pelos direitos humanos como uma das atribuições básicas, além de zelar pela manutenção da paz e criar meios para melhor concretização dos direitos humanos.

Note-se que a internacionalização do direito constitucional está muito mais voltada para os direitos fundamentais do que outras questões de cunho jurídico, justamente certo, pelo fato destes direitos serem universais e isso significa necessário para todo homem, as outras questões relativas ao Estado como por exemplo a organização de seus poderes, cada país tem o sua forma.

Importante frisar também, que a internacionalização do direito constitucional não tem as suas normas vindas do Poder Legislativo, mas sim do mundo, das entidades internacionais. Mas o Poder Legislativo exerce uma função preventiva antes de validar a lei, em que faz uma análise verificando a compatibilidade desta com o ordenamento jurídico, no Brasil quando uma norma internacional ingressa no ordenamento jurídico ela entra com força de norma constitucional.

Por fim conclui-se alguns requisitos da internacionalização do direito constitucional, que são o reconhecimento do indivíduo como cidadão, eleições livres no país, instalação de um regime democrático, reconhecimento de direitos humanos via tratados internacionais, comunicação entre as cortes constitucionais de cada país e repartição dos poderes. Todos estes requisitos garantem segurança para a instalação dos direitos humanos, sem eles não existe a porta de entrada para os mesmos, principalmente a democracia, instituto essencial para a entrada dos direitos.

Há também a constitucionalização do direito internacional, que é diferente da internacionalização do direito constitucional, que consiste em uma norma em que todas as nações tem de obedecer independente de formalidades para ser signatário.

Tudo começa praticamente antes de 1945, mesmo nesse período já tínhamos diversos direitos e garantias fundamentais internalizados nos países, mas ainda havia um problema externo, que era a manutenção do bom relacionamento entre as nações, pois quando havia conflitos entre elas então se resolvia mediante guerras e quando uma atitude dessas era tomada, nada podia parar uma nação que quisesse guerrear. Foram períodos em que os Estados tinham muita desconfiança uns dos outros. Tais fatos nos remetem ao que chamamos de estado Hobbesiano dos homens pelo fato da pessoa do Estado estar livre para guerrear.

Então logo após a Segunda Guerra Mundial em 1945, foi assinada a Carta da ONU, que inaugurou um novo paradigma para as relações internacionais, estabelecendo a proibição do uso da força

armada pelos Estados, segundo seu artigo 2º, cujo a redação destaca “todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou outra qualquer ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

Não somente o artigo, mas o documento como um todo pode ser caracterizado como constitucional internacional universal, onde todas as nações obedecem os seus preceitos afim de manter a ordem. Note-se que ele pode ser considerado um contrato social entre os Estados, um pacto limitativo afim e garantir a paz e a ordem mundial, onde se resolve o problema da pessoa jurídica de direito público no âmbito das relações internacionais, freando o caráter Hobbesiano.

Leonam Liziero em seu artigo menciona que a Carta da ONU foi fundamental na transformação de prescrever direitos e deveres dos Estados na ordem internacional e também de ser um tratado que institucionaliza a organização com o estabelecimento de órgãos, do mesmo modo que uma Constituição descreve a organização de um Estado.

Sobre a ONU, ele não possui soberania, mas o fato dela possuir determinada autoridade é um primeiro passo à centralização e conseqüente constitucionalização do direito internacional.

Ao tratar deste assunto sobre a constitucionalização do direito internacional, estamos falando inclusive de um constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, em que busca-se uma Constituição mundial, uma ordem jurídica única, para todas as nações. Mas tal discussão ainda pode ser considerada longa ao passo que ainda estamos no início desta ordem e não temos uma Constituição soberana de caráter mundial. (MORAES, 2016, p. 729).

Isso ocorre porque há uma diversidade de cultura nos países ainda, fato que deve ser respeitado e não pode haver uma imposição, mas é de extrema importância que possamos evitar os conflitos armados ao máximo e, sempre considerar o princípio da dignidade

da pessoa humana como o máximo dos princípios, este último é essencial para aplicação do direito e manutenção da paz e da ordem mundial.

3. O regime jurídico brasileiro de recepção de tratados internacionais

O Brasil é um país participativo nas relações internacionais o que é fundamental para o nosso desenvolvimento e em algumas situações, até mesmo opinar sobre as melhores diretrizes para a solução de um conflito internacional, isso nos mostra que o Brasil não somente está envolvido com políticas internas, como também com políticas externas. É fundamental que a nação seja aberta à estes diálogos para até mesmo buscar aprimoramento no ordenamento jurídico interno, pois o direito é uma ciência de movimento por conta da mutabilidade da sociedade, então é fundamental manter-se atento aos acontecimentos internos e externos.

Essa abertura do Brasil possibilita a inserção de Tratados Internacionais em nosso meio jurídico, não nos limitamos ao que criamos somente dentro de nosso território, estamos dispostos a sofrer influências de outros países, inclusive todo o nosso campo jurídico é fruto de acontecimentos históricos.

Para que um Tratado Internacional ingresse no sistema jurídico brasileiro é necessário que este seja submetido a um procedimento formal, consistente na união das vontades do Executivo e Legislativo.

O responsável por tratar de assuntos internacionais no Brasil é o presidente da república, ele é celebra os Tratados Internacionais e o Congresso Nacional faz uma avaliação do mesmo se este é compatível com a Constituição.

As fases para a validação do tratado consistem em quatro, as quais são a assinatura, momento pelo qual o presidente firma o documento, significando que concorda com seu texto expresso. Após

esta assinatura teremos a remessa do tratado ao Congresso Nacional, onde irá ser avaliado e se é compatível com a Constituição. Esse procedimento congressual é de forma rígida, porque a norma internacional que ingressa no ordenamento jurídico terá força de emenda, também é primordial a rigidez do procedimento por segurança à Constituição.

A terceira parte do procedimento é a ratificação, que é o momento em que o tratado passa a ter efeito vinculativo para as suas entidades signatárias, após a aprovação por maioria absoluta do Congresso.

A quarta e última fase é a incorporação do tratado no ordenamento jurídico que se faz por meio do decreto presidencial.

4. A constitucionalização do direito

A estrutura normativa de países em que o Estado Democrático de Direito prevalece, vêm passando por novas interpretações sobre e alcance e as relações que as normas Constitucionais possuem com os demais sistemas legais.

Nesse sentido, surge um termo jurídico relativamente atual: constitucionalização do direito. Sua significação poderia ser a de que em determinado ordenamento jurídico a Constituição é dotada de supremacia, mas não é esse o conceito que especifica essa locução jurídica, visto que a maioria dos sistemas jurídicos modernos possuem essa característica. (BARROSO, 2015, p. 390).

O conceito que mais se adapta é aquele que as normas constitucionais possuem uma expansividade e de certa forma impregnam nos sistemas jurídicos como um todo. Essa invasão em muito foi ocasionado pelo novo papel atribuído à Constituição pelo Neoconstitucionalismo.

Nesse caminho, a interpretação das normas infraconstitucionais pelo operador jurídico não deve se circunscrever apenas no ponto de vista de sua criação e formalidade, mas com fundamento em valores que estão incorporados ao texto

constitucional e que passam a influenciar todo o sistema jurídico. (MORAES, 2006, p. 234).

Pelo final da Segunda Guerra mundial, surgiram teorias que tentaram dar nova interpretação do direito constitucional. Com destaque para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, sobremaneira criou uma expansividade do Direito Constitucional contemporâneo.

Para que a constitucionalização do direito esteja presente no sistema jurídico alguns elementos devem estar presentes para sua caracterização. Uma primeira condição é a presença de uma constituição rígida – apresentam-se como superior às outras leis e com um processo de alteração mais dificultoso que o para uma produção legislativa ordinária.

Outro elemento seria a estabilidade das normas constitucionais. Aqui cabe ressaltar que rigidez não é sinônimo de estabilidade constitucional, a exemplo do que ocorre com a nossa Carta Política que, apesar de ser considerada rígida, sobretudo no que se refere ao seu processo de alteração e contar com um presente controle de constitucionalidade é sucessivamente alterada.

Essa instabilidade provocada pela atuação legislativa que provoca inúmeras emendas não autoriza uma constitucionalização do direito.

Defende o Professor Luiz Barroso que os princípios e normas constitucionais, a partir da constitucionalização do direito, passam a influenciar todos os três poderes e inclusive as relações particulares.

No poder judiciário servirá a constitucionalização do direito como moldura para o controle de constitucionalidade, bem como condicionará toda a interpretação das normas infraconstitucionais, passando quicá a ideia de que toda interpretação jurídica, agora será uma interpretação constitucional. Para os particulares ela estabelecerá limites a autonomia de vontade, notadamente das relações contratuais e do exercício do direito de propriedade que devem pautar, a partir de então, sempre nas funções sociais desses

dois institutos. Na administração e no legislativo imporá limites a discricionariedade, vez que a atuação, tanto do gestor público quando do legislador, devem levar como norma o atendimento dos valores, princípios e normas presentes na Constituição. (BARROSO, 2015, p. 391).

Desse modo, tem-se por constitucionalização do direito a relação entre a normas constitucionais com a interpretação de todos os ramos do Direito. A Constituição servirá como uma malha que, no momento de interpretação de qualquer instituto esse deve perfurar para a partir de então reger as relações sociais.

4.1. Reflexos da Constitucionalização do Direito no Direito Civil

Embora o Direito seja considerado uno, surgem divisões em alguns ramos ligadas, em grande medida, para fins didáticos. A principal classificação é a de Direito Público e Direito Privado. Esse, com normas de disposição faculdade e aquele com normas ditas cogentes com poder de superioridade.

As relações entres esses dois ramos do direito já percorreram momentos de total apartação e outros de convivência. Nesses períodos destacam três fases, sendo o marco inicial a Revolução Francesa, que criou a cada um deles um objeto: ao o direito constitucional a Constituição de 1971 e para direito civil o Código Civil Napoleônico. A primeira fase é caracterizada pela inexistência de relações entres dos ramos citados, em que as normas constitucionais se fundavam na estrutura do Poder Político e o direito civil na proteção da liberdade e individualidade. Em segundo momento, houve a publicização do direito privado, período em que o Estado Social surge e limita o individualismo extremo. E terceiro, pela constitucionalização do direito civil que inaugura um diálogo entre o direito constitucional e civil em que as na intepretação jurídica, o operador deverá entrelaçar os princípios normas presentes nesses dois ramos do direito. (BARROSO, 2015, p. 406-407).

A expansividade das normas constitucionais é demonstrada por algumas mudanças e reinterpretação de institutos do direito civil, a exemplo igualdade entres os cônjuges, da função social do contrato, união estável, função social da propriedade e, outros.

A *despatrimonialização* do direito civil é um princípio de destaque nos tempos atuais. Valores existenciais como o da inclusão e autonomia da pessoa com deficiência, inauguraram uma reinterpretação de institutos tradicionais do direito privado como capacidade civil.

5. A capacidade civil da pessoa com deficiência com o advento da lei n.13.146, de 6 de julho de 2015 – estatuto da pessoa com deficiência.

O centro da atenção do direito é o ser humano. A pessoa natural adquire personalidade jurídica a partir do seu nascimento com vida – se defendermos a Teoria Natalista presente no artigo 2º do Código Civil de 2002.

Porém devemos ressaltar que para inúmeros doutrinadores modernos, prevalece o entendimento de que o nascituro é pessoa natural e tem direitos reconhecidos por lei, notadamente existenciais de personalidade. Exemplo, disso, podemos mencionar a conhecida Lei dos Alimentos Gravídicos, Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008. (TARTUCE, 2018, p. 120)

Sendo a pessoa natural portadora de personalidade jurídica possuirá capacidade de direito ou gozo. Todavia nem toda pessoa poderá exercer pessoalmente os atos da vida civil. Isso poderá acontecer em razão e limitações de ordem orgânicas ou psicológicas. Podendo exercer pessoalmente dos atos da vida civil – capacidade de fato ou exercício - fala-se em capacidade civil plena. (PAMPLONA FILHO, GAGLIANO, 2017, p. 175).

Insta ressaltar que, situações formais como ausência de documentos ou certidão de nascimento não impedirá, em suma a capacidade. (TARTUCE, 2017, p. 65).

Relativamente aos portadores de necessidades especiais, pela tradição nosso ordenamento jurídico sempre os tratou como pessoas absolutamente incapazes ou relativamente. Essa diferenciação qualidade da capacidade de fato ou exercício, para os portadores de necessidades especiais, era a depender do grau de seu discernimento.

Contudo, tivemos com a promulgação a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu no ordenamento brasileiro o Estatuto da Pessoa com Deficiência que tratou de forma ampla essa matéria.

O Estatuto em comento teve nítida inspiração na Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, Convenção de Nova York, que integra nosso ordenamento jurídico com *status* de emenda Constitucional, em razão de seguir o trâmite de votação elencado no § 3º, do artigo 5º da Constituição de 1988.

Ambos, criaram uma reviravolta no olhar das leis e normas para com o deficiente. Passaram a garantir ainda mais a sua inclusão, nas relações sociais e abandonaram àquela ideia de simples proteção.

Entre os princípios gerais elencados no Artigo 3, da Convenção de Nova York temos na alínea “a” valores que defendem esse novo caminho de participação e defesa a autonomia individual.

Sendo Internacionalizado o nosso Direito Constitucional, coube ao legislador infraconstitucional propiciar a concretização dessa inclusão e autonomia para os deficientes.

Ainda, em seu Artigo 3, consagrou a igualdade plena da pessoa e prescreve a revogação de quaisquer leis que possam caracterizar uma discriminação para a pessoa com deficiência.

Assim, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi retirada da nossa legislação civil a incapacidade, seja absoluta ou relativa dos portadores de necessidades especiais – revogando os incisos I, II e III do artigo 3º e dando nova redação aos II, III do artigo 4º do Código Civil de 2002.

Com se percebe com essas mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não há mais na legislação maiores

absolutamente incapazes, restando apenas os menores de 16 anos como absolutamente incapazes.

A ideia central do Estatuto foi a de inclusão e autonomia da pessoa que possua alguma forma de deficiência. Essa guinada no caminho da capacidade dos deficientes para alguns autores foi paradigmática, senão ideológica. (PAMPLONA FILHO, GAGLIANO, 2017, p. 179)

Retiram-se, com isso, a vulnerabilidade de tais pessoas e dão lugar à liberdade, inclusão e autonomia.

Cumpra mencionar que no seu artigo 6º a Lei nº 13.146/2015, estabelece que a deficiência não afeta a capacidade para os atos da vida civil como: casar-se ou estabelecer união estável; exercer direitos sexuais, reprodutivos e decidir sobre o número de filhos, informações adequadas sobre reprodução, bem como o planejamento familiar; vedação a esterilização compulsória; constituir família; conviver comunitariamente e, ainda, poder ser tutor, curador, adotante ou adotado, sempre em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. A curatela em situações que eventualmente se fizer necessário para a deficiência será medida de cunho extraordinário, para casos determinados, com o menor tempo possível e afetará apenas os atos de cunho patrimonial. (TARTUCE, 2017, p. 72).

Ademais, as alterações de 2015, trouxe um novo procedimento de apoio a inclusão do deficiente. Trata-se da medida de decisão apoiada presente no artigo 1.783-A, do Código Civil de 2002. Por meio de tal, mecanismo o deficiente poderá, caso seja seu interesse, designar duas pessoas próximas e de confiança, para fornecer apoio nas suas decisões sobre atos da vida civil que, informarão os elementos para o deficiente poder exercer sua capacidade.

Percebe-se que não foram poucas as novidades trazidas pela Lei nº 13.146/15. Contudo é necessário que na atividade interpretativa, tenha o aplicador do direito sempre em mente a finalidade maior da norma, que é a derrubada de barreiras para a inclusão social e comunitária cada vez maior da pessoa com deficiência.

Conclusão

A internacionalização do direito constitucional, principalmente, sobre questões de Direitos Humanos, tornou-se um dos temas principais da atualidade. A partir da 2ª Guerra Mundial as normas de Direito Internacional estabeleceram a proteção dos direitos dos homens como objetivo central.

Com a recepção pelo Brasil, com *status* de Emenda Constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Convenção de Nova York, houve uma influência na produção legislativa infraconstitucional no que se refere ao tema discutido internacionalmente.

Assim, a Lei n. 13.146/2015 trouxe, sob o viés realista de proteção o direito internacional dos indivíduos, uma mudança salutar ao direito privado interno.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, primando ainda pela proteção e extinção de qualquer discriminação, mas modernamente e elencando a autonomia e individualidade alterou o instituto da personalidade civil e estabeleceu a capacidade plena aos deficientes.

Tornou os deficientes capazes civilmente, deu contornos novos aos institutos da curatela e inovou com a previsão da tomada de decisão apoiada.

Nossa Carta Política de 1988, prevê em seu texto formal principalmente princípios de proteção dos deficientes a exemplos: artigo 5, inciso XXXI, artigo 23, inciso II e artigo 24 inciso II. Todavia, por meio da participação do Brasil no cenário internacional de proteção aos Direitos Humanos e com o fenômeno da internacionalização do direito constitucional incluiu-se no sentimento de cuidado igualdade e autonomia da portadores de deficiências.

A classificação das forças normativas dos tratados ou convenções em que o Brasil participe inicialmente se deu por interpretação do Supremo Tribunal Federal. Especificadamente, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, para tratados sobre

Direitos Humanos que forem aprovados em cada do Congresso Nacional, em dois turnos, por de três quintos dos votos, serão considerados às emendas constitucionais e passarão a integrar o chamado bloco de constitucionalidade.

Considerando que o Constitucionalismo do Direito pode ser entendido pela expansividade e impregnação das normas constitucionais e, aliado a ideia de bloco de constitucionalidade, em que, repisa-se, os tratados de direito humanos recepcionados na regra do artigo 5º, § 3º fazem parte, defende-se, por meio de um processo de estudo dedutivo que a internacionalização do direito constitucional afeta diretamente o fenômeno da constitucionalização do direito privado como percebemos pela alteração do Código Civil de 2002 em muito decorrente do reflexo que o Estatuto da Pessoa com Deficiência sofreu pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Convenção de Nova York, Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015,
- DE MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v. 1: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LENZA, Pedro Lenza. **Direito Constitucional, Esquematizado Direitos e Garantias Fundamentais**. 18.ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional, Processo Legislativo**. 32° ed. Atlas. São Paulo, 2016.

CASTILHO, Ricardo Castilho. **Direitos Humanos, Evolução do Conceito no Tempo**. 2° ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

GUEDES, Armando Marques. **A Internacionalização do Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito Internacional**. Artigo.

MEYER PFLUG, Samantha Pflug. **A internacionalização do Direito Constitucional Brasileiro**. Resenha.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. **Curso de Direitos Humanos, Tratados de Direitos Humanos**. 5°ed. Saraiva Jur. São Paulo, 2018.

Liberdade de expressão e proteção dos Direitos Humanos na internet: o problema das fake news

*Michely Vargas Del Puppo Romanello
Gustavo Costa Vieira Novaes*

Introdução

Apesar de não se poder negar que a internet é um ambiente muito novo tendo grande parte de seu universo ainda inexplorado, é inegável que, contemporaneamente esse mecanismo passou a ser utilizado de forma mais democrática e isso se deve ao fato de que esse aumento no acesso adveio com o desenvolvimento de componentes de hardware mais compactos e em conta. Como exemplo se tem o smartphone que é um dispositivo que possibilita o acesso de forma prática e instantânea a internet.

Através dessa ótica, pode-se compreender que a internet faz colossal participação na geração atual, hoje, essa tecnologia está ao alcance de todos proporcionando cada vez mais recursos que outrora foram inimagináveis.

Uma vasta variedade de aplicativos, suporte e ferramentas virtuais são disponibilizados para facilitar a vida, inclusive do indivíduo mais leigo. Consegue-se pensar em facilidades que beneficiam quaisquer áreas da vida em sociedade, como no trânsito, no âmbito acadêmico, no trabalho e estes são apenas alguns exemplos.

Atualmente, os indivíduos estão propensos a encontrar alternativas virtuais e tecnológicas, pode-se dizer a um “clique” do aperfeiçoamento de suas vidas, seja no ambiente doméstico, desde o aplicativo de delivery de comidas, o encontro para passeios com amigos, lugares interessantes pra se conhecer, compras de tickets e ingressos para eventos ou quaisquer outros tipos de compras, pesquisas acadêmicas e até empreendimentos online.

Um dos principais objetivos da internet que pode ser constatado através de seu uso, é se valer de todos esses meios para agilizar e facilitar a vida corrida de forma a atender a demanda cotidiana de todos.

Tamanho o impacto que essa ferramenta tem sobre a capacidade de promoção do conhecimento e do desenvolvimento das habilidades de um indivíduo, que o governo Brasileiro, através do Ministério da Ciência Tecnologia, Inovações e comunicações (MCTIC), instituiu o Marco Civil da Internet (Lei N^o 12965/ 14), alcançando o acesso à internet num nível de Direito Fundamental.

Dessa forma, é notório que hodiernamente a Rede Mundial de Computadores Interligados coloca à disposição grande liberdade aos indivíduos, tornando a vida mais fácil e proporcionando certa comodidade. Um exemplo dessas liberdades colocadas a disposição pela internet é a manifestação do pensamento de maneira livre, inclusive, o alcance daquilo que o individuo expressa é muito maior do que a tempos anteriores.

Esse fato pode ser constatado através das eleições de 2018 no território brasileiro. O próprio TSE, disponibilizou uma cartilha estabelecendo diretrizes para as propagandas feitas na internet, regulando até mesmo que os candidatos constassem da prestação de contas da campanha, os gastos com divulgação de propostas pela internet.

No entanto, desde a introdução ao estudo do direito, pode-se inferir que no ambiente a qual existirem relações humanas, concomitantemente existirá o conflito. Virtualmente não é diferente.

Devido a Grande liberdade experienciada pelos internautas, o fato de estar atrás de uma tela de computador ou smartphone, muitas vezes causa a sensação de anonimato e blindagem para possíveis sanções que poderiam ocorrer no âmbito físico. E isso faz com que surjam diversos conflitos pelos excessos verificados na má utilização da liberdade de expressão.

Com esse pré-conceito formulado, esse trabalho se propõe analisar através do pano de fundo da internet, no conflito entre os direitos e as limitações, tais como, liberdade de expressão, vedação do anonimato, direito à informação, direito à privacidade, direito à resposta proporcional ao agravo, direito a honra, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, qual deve prevalecer e como dirimir os litígios inerentes a proteção dos direitos humanos na internet.

2 Descrição fenomenológica da liberdade

É proposto aqui adotar uma postura *fenomenológica* para esclarecer os aspectos individuais da liberdade e produzir elucidação inerente ao objetivo do presente trabalho.

2.1 Liberdade em John Locke

Pode ser encontrada num dos fenomenólogos apreciados, John Locke, uma pista fundamental. Quando estuda o significado precípua da liberdade, o filósofo esbarra no fenômeno de prevalência em relação a determinação da vontade.

E assim, por uma consideração e exame de qualquer bem proposto, está em nosso poder excitar nossos desejos em uma devida proporção com o valor desse bem, com o que ele pode, em sua vez e lugar (*in iis turn and place*), vir a operar sobre a vontade, e ser perseguido (LOCKE, 1959, P. 344).

Nesse sentido, Locke (*apud* FILHO, 1992, p. 45) elucida de maneira acertada que, “justamente nesse poder de suspender os

desejos e proceder à consideração, ao exame multilateral, e à comparação dos objetos dos desejos, antes de permitir a determinação da vontade, que consiste a liberdade humana”.

Sendo este o segundo significado da liberdade, o primeiro é inferido ao fato de poder agir ou se omitir de determinada ação, de acordo com o querer, nesse momento, tem-se uma liberdade da qual depende a determinação, sendo a obrigação do indivíduo usar a liberdade com o objetivo de alcançar a felicidade. No entanto, mesmo que Locke tenha afirmado que não existe liberdade inerente ao arbítrio, ou seja, que uma vez sugerida a concepção do indivíduo a ideia de uma determinada ação sob o controle do ser humano, não se pode haver uma omissão de praticá-la ou não. Se geralmente não se pode constatar tal liberdade, deveria haver uma exceção que seria relacionada a postura em face de um bem remoto como um fim a ser perseguido. A partir desse ponto pode-se suspender a determinação da vontade, até que se chegue a uma conclusão satisfatória conquanto à liberdade contribuindo com a felicidade do ser humano. A prerrogativa analisada infere a responsabilidade e isso direciona para o raciocínio de que o indivíduo responderá pelos bens ou males consequentes ao uso da liberdade, as escolhas dele são imputadas a si (FILHO, 1992).

Pois, embora sua vontade seja sempre determinada pelo que seu entendimento julga ser bom, isto não a desculpa; porque por uma escolha muito precipitada, de sua autoria (*of his own making*), ele impôs a si mesmo medidas erradas do bem e do mal. [...] Ele viciou seu próprio paladar, e deve ser responsável (*must be answerable*) perante si mesmo (*on himself*) pela enfermidade e morte que daí decorrem. [...] Se a negligência ou abuso daquela liberdade que tinha, de examinar o que real e verdadeiramente contribuiria para a sua felicidade, corrompe-o, extravios que daí seguem devem ser imputados à sua própria escolha (LOCKE, 1959, p. 345).

Em difundida lição sobre a razão de ser da liberdade, com base no pensamento de John Locke, Filho (1992, p. 46), disserta que o objeto de análise posto anteriormente se traduz como “a necessidade

de buscar a suprema e autêntica felicidade [...] É para podermos manter em mira a verdadeira felicidade que fomos dotados do poder de suspensão de qualquer desejo particular”.

Em termos de entendimento e liberdade, faculdades intimamente ligadas, Locke (1959, p. 360) explana:

Sem liberdade, o entendimento seria em vão; e sem o entendimento, a liberdade (se possível), não significaria nada. [...] O primeiro, portanto, e grande uso da liberdade é impedir a precipitação cega; o principal exercício da liberdade é resistir (*to stand still*), abrir os olhos, olhar em torno, e examinar a consequência do que faremos, tanto quanto o peso do assunto o exija.

A respeito do pensamento de Locke no que tange a liberdade, pode-se compreender que esta, é uma faculdade personalíssima do ser humano que o projeta em direção a felicidade, no entanto, a máxima de Locke quanto a liberdade está no momento em que o filósofo relaciona o entendimento e liberdade afirmando que utilizando as duas faculdades, apesar de tê-la incorporada ao homem de maneira a não haver constrangimentos externos, deve-se examinar a consequência da ação, limitando dessa forma a liberdade quando usada de forma imprudente.

2.2 Liberdade em Thomas Hobbes

Outro pensador, no plano das primordiais concepções relacionadas a liberdade, é Thomas Hobbes de Malmesbury, que em sua obra *Leviatã*, segue um raciocínio semelhante ao de Locke.

Para Hobbes:

Por *liberdade* entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta,

conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem (HOBBS, 1983, p. 78).

A mérito extensivo, seguindo o raciocínio tendo como pressuposto a liberdade e dessa forma fazendo uma análise a respeito da renúncia ao direito, Hobbes (1983, p. 79), esclarece:

Renunciar ao direito a alguma coisa é o mesmo que privar-se da liberdade de negar ao outro o benefício de seu próprio direito à mesma coisa. Pois quem abandona ou renuncia a seu direito não dá a qualquer outro homem um direito que este já não tivesse antes, porque não há nada a que um homem não tenha direito por natureza; mas apenas se afasta do caminho do outro, para que ele possa gozar de seu direito original, sem que haja obstáculos da sua parte, mas não sem que haja obstáculos da parte dos outros. De modo que a consequência que redundava para um homem da desistência de outro a seu direito é simplesmente uma diminuição equivalente dos impedimentos ao uso de seu próprio direito original.

Ou seja, o que se pode compreender é que o conceito de liberdade, na ótica dos dois filósofos vistos acima, transcende o campo apenas do entendimento dessa faculdade, mas se relaciona e tem influência nos demais direitos.

2.3 A Liberdade no pensamento de Karl Marx

Em virtude da amplitude e profundidade de seus pensamentos, se faz pertinente, revisar alguns conceitos inerentes a liberdade percebidos em Marx.

O princípio basilar do atomismo de Marx (OLIVEIRA, 1998, p. 178), é este: “o princípio da filosofia epicurista [...] é o absoluto e a liberdade da consciência de si, mesmo que a consciência de si seja apenas concebida sob a forma de singularidade”.

Nesse sentido, Marx elogia o atomismo de Epicuro, pois este, introduziu o princípio da liberdade como explicação para o movimento do átomo, relacionando ou subordinando a filosofia da

natureza a uma concepção moral do homem. O que Marx concluiu a partir desse pressuposto é que, tudo aquilo com potencial risco de perturbar o desenvolvimento autônomo do espírito humano, deve ser rejeitado, mesmo que sejam as leis da física ou até mesmo as de natureza divina. Marx aprecia a autonomia do ser humano de maneira tão extrema que, quando disserta sobre a filosofia de Epicuro em seu caderno de estudo, afirma não haver nenhum bem para o homem que encontre-se fora dele mesmo, ainda continua, o único bem que o homem tem em relação ao mundo é o movimento negativo que o projeta a livrar-se de tal (OLIVEIRA, 1998, p. 178).

É importante salientar também, aquilo que o professor titular da UFPel, Doutor Avelino da Rosa Oliveira afirma em seu artigo “O Problema da Liberdade no Pensamento de Karl Marx”, elucida quando preleciona sobre duas ideias que cumprirão um papel importantíssimo no desenvolvimento da filosofia de Marx.

A primeira refere-se ao método ou à forma da argumentação filosófica [...] A segunda diz respeito ao princípio da **liberdade**. Compreendida dentro da rede conceptual da autonomia da consciência-de-si, agora extrapola o campo estritamente do pensamento e passa a ter ressonância na realidade propriamente humana. O desenvolvimento teórico-prático da filosofia de Marx o levará a perceber que a forma metafísica de argumentação tem um potencial crítico enquanto denúncia da incapacidade do conceito que se pretende explicador das sociedades modernas – o capital – em abranger a totalidade de suas determinações. Dito de outro modo, o conceito que se auto-apresenta enquanto fundamento das sociedades modernas só consegue constituir-se e reproduzir-se plenamente na medida em que nega o princípio do qual quer ser o guardião – a liberdade (OLIVEIRA, 1998, p. 179).

Em outras palavras, o que Marx retrata muito bem é o fato da reprodução das práxis no que tange a totalidade das determinações do capital, só poder ser efetivado de maneira plena, negando ou restringindo o princípio que este se julga ser o guardião, que nesse caso é liberdade.

Muito se poderia explorar em Marx a respeito da liberdade, no entanto, como esse tópico se limita apenas a um rol inerente a compreensão do conceito de liberdade no âmbito fenomenológico para que assim se tenha base para todo os demais tópicos do presente trabalho, os conceitos vistos até aqui no pensamento do filósofo em questão, se fazem suficientes, tendo em vista o objetivo preposto.

2.4 A liberdade segundo a doutrina filosófica de Kant

Sem dúvida, Immanuel Kant é uma das maiores referências quando se pensa a liberdade num sentido fenomenológico.

De acordo com sua doutrina filosófica, a liberdade é o maior direito do ser humano, sendo o único congênito deste. No ponto de vista do filósofo, a liberdade pode ser concebida como soberania do homem sob si mesmo. Esse pensamento é, inclusive, relacionado diretamente com o conceito de legalidade visto na atual constituição brasileira (art. 5º, II), dessa forma, o direito tem a função de delimitar um espaço incluindo varias ações lícitas, limitando a pratica do ilícito tornando tal pratica inaceitável no âmbito social dispondo a competência de punir ao Estado (FERNANDES, 2013).

Tal concepção de liberdade, nitidamente é a que mais se aproxima do que tem-se vivido atualmente, a começar pelo que já foi visto, que é o principio da legalidade, um dos conceitos basilares em se falando de liberdade hodiernamente.

2.5 Outras concepções filosóficas a respeito da liberdade

Um pensador importante que pode ser explorado, trazendo uma concepção do assunto um tanto quanto interessante, é Isaiah Berlin, apresentando dois conceitos de liberdade. Uma representa a ausência de constrangimento, já a outra assume o significado de autogoverno (VIEIRA, 2006).

Para finalizar a conceituação fenomenológica da liberdade, a priori, sem finalidades exaustivas, tem-se um panorama geral interligado ao tema dissertado nesse tópico. Segundo Simmel (1998, p. 110):

Liberdade torna-se no século XVIII a bandeira universal pela qual o indivíduo protege seus mais variados desconfortos e necessidades de autoafirmação em relação à sociedade. Ela se torna visível, seja na sua roupagem econômica nos fisiocratas – os quais homenageavam a livre concorrência dos interesses individuais como manifestação da ordem natural das coisas – seja na sua conformação mais sentimental em Rousseau – para quem a origem de todo mal e deformação advém da violência praticada sobre o homem pela sociedade historicamente constituída – seja na sua versão política na Revolução Francesa – que eleva a liberdade individual de tal modo como valor absoluto que nega aos trabalhadores a possibilidade de se unir para proteger seus interesses seja, finalmente, na sua sublimação filosófica com Kant e Fichte, os quais elevaram o eu como referência última do mundo possível de ser conhecido, e defenderam sua absoluta autonomia como valor absoluto da esfera moral.

Verifica-se que a liberdade na visão fenomenológica, mesmo que parta de vieses distintos, sempre incidirá numa faculdade-princípio indisponível quando se trata do ser humano. Esta é a capacidade do mesmo, de desenvolver sua autonomia e expressão. Entretanto, a partir daí surge uma grande questão, até que ponto pode o indivíduo exercê-la e maneira a não haverem constrangimentos?

3 Parâmetro constitucional à liberdade de expressão

No art. 5º da CR/88, se nota um rol extensivo concernente a liberdade, esta que é abarcada de uma forma geral.

Essa garantia do direito à liberdade, é qualificada em diversas espécies como “liberdade de expressão e manifestação de pensamento, liberdade de locomoção, liberdade de consciência e

crença, liberdade de escolha de trabalho ou ofício, liberdade de associação ou de não se associar, entre outras” (FERNANDES, 2013, p. 375).

Contudo, para fins óbvios, tendo em vista o tema principal dessa pesquisa, será apreciado exclusivamente o direito a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, e os demais direitos que orbitam este, pois se fazem necessários serem analisados para um esclarecimento satisfatório.

Como já foi visto e mencionado acima no âmbito da fenomenologia, os fundamentos à liberdade de expressão não são poucos, reiterando isso, Sarmento (2013, p. 255), preleciona que:

há várias razões de ordem moral e pragmática que justificam a proteção da liberdade de expressão. [...] pode-se afirmar que se trata de uma garantia essencial ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana.

Ainda no âmbito dos fundamentos, o autor dispõe do pensamento de que o ideário democrático se baseia na busca do autogoverno popular, e isso acontece a partir do momento em que os cidadãos participam da volição coletiva. Porém, para que essa participação ocorra, é necessário que se tenha um amplo acesso a informações e a vários pontos de vista no que tange ao interesse compartilhado dos cidadãos. É devido a isso que a democracia tem total relação com a garantia da liberdade de expressão, pois sua realização é inferida diretamente ao livre confronto de ideias e por óbvio, sua expressão e manifestação pública (SARMENTO, 2013).

Ronald Dworkin (citado por SARMENTO, 2013, p. 255), disserta, em difundida lição que, “a consagração constitucional da liberdade de expressão parte da premissa antipaternalista de que as pessoas são capazes de julgar por si mesmas o que é bom ou ruim, correto ou incorreto, e tem o direito moral de fazê-lo”, isso quer dizer que as autoridades públicas, tendo em vista que o direito a liberdade de expressão é consagrado constitucionalmente, não tem legitimidade alguma para proibir a manifestação de uma ideia pelo

fato de a considerarem errada, pois tal postura culminaria numa tendência natural de silenciar aquelas que as desagradassem. Com isso, pode-se concluir que a o direito a liberdade de expressão não se baseia apenas em garantir o interesse do manifestante, mas inclusive da sociedade em geral (SARMENTO, 2013).

Tornando clara a questão de a importância da liberdade de expressão ser tutelada constitucionalmente, faz-se possível uma maior compreensão quando se estudar de maneira qualificada, sua estrutura na constituição federal.

3.1 Constituições estrangeiras

Antes de adentrar na liberdade de expressão como centro de gravidade na CF/88, em se tratando de constitucionalização desse princípio, não se pode deixar de mencionar as constituições estrangeiras de maior destaque que tratam do tema.

A liberdade de expressão é protegida pela maioria das Constituições democráticas contemporâneas, cabendo destacar a norte-americana (1a Emenda), a alemã (art. 50), a portuguesa (arts. 37 e 38); a espanhola (art. 20), a italiana (art. 21), a francesa (Preambulo da Constituição de 1958 c/c art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), a canadense (art. 2(b) da Carta de Direitos e Liberdades de 1982), a argentina (arts. 14 e 32) e a mexicana (art. 6o), dentre tantas outras (SARMENTO, 2013, p. 253).

Mencionadas as constituições estrangeiras, deve ser visto agora, o plano interno constitucional a respeito do direito analisado.

3.2 Liberdade da manifestação de pensamento na Constituição Federal

A livre manifestação de pensamento, não é um dispositivo constitucional isolado, correlaciona-se com outros dentro da

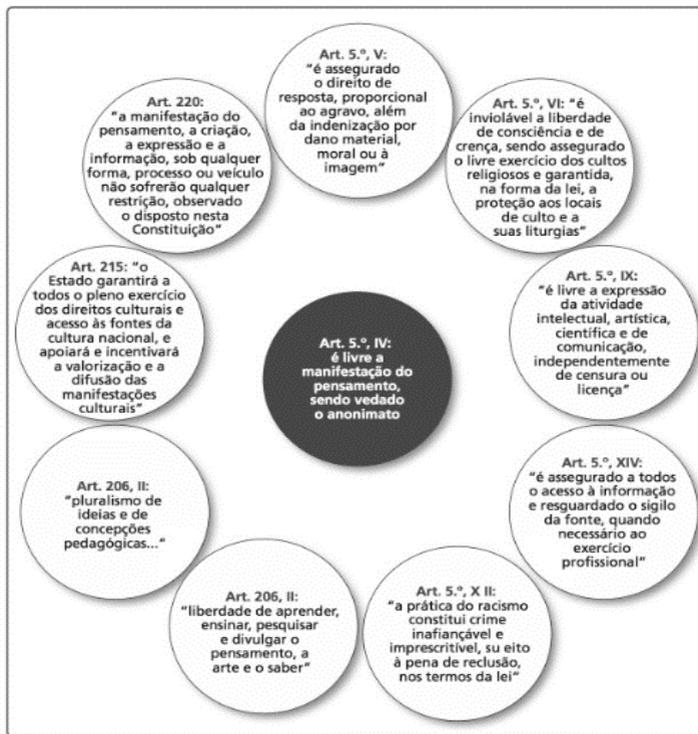
constituição. Sobre isso Sarlet citado por Lenza (2012, p. 1182) afirma que:

A regra contida no referido art. 5.º, IV, CF/88, estabelece uma espécie de “clausula geral” que, em conjunto com outros dispositivos, asseguram a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações:

- liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião);
- liberdade de expressão artística;
- liberdade de ensino e pesquisa;
- liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”);
- liberdade de expressão religiosa.

Entretanto, também se percebe que mesmo dentro dessa ampla garantia orbitando o direito estudado, também se encontram algumas limitações. Fernandes (2013, p. 376), discorre em difundida lição, que “nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais”. Através do entendimento extraído do desenvolvimento desse trabalho até aqui, se tem total capacidade de conceber que “a liberdade de expressão não é um direito absoluto” (SARMENTO, 2013, p. 257), essa afirmação também se estende aos outros direitos fundamentais qualificados no rol do art. 5º da CR/88.

Essa noção, fica apresentada mais didaticamente no fluxograma a seguir (Lenza, 2012, p. 1183):



Em suma, o que se pode extrair dos preceitos fundamentais previstos no art. 5º, IV e V, e nos que demais se relacionam com este, é o que se constata na importante advertência de Lenza (2012, p. 1185):

A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização.

Essa limitação, se torna difundida de maneira veemente ao ter como objeto de estudo a proteção dos direitos humanos na internet, uma vez que o ambiente virtual é amplo e proporciona, como já visto, uma liberdade muito grande aos seus usuários, a propósito, os

diversos conflitos que surgem a partir daí, geralmente de natureza principiológica.

4 Remissões legais

São múltiplos os regulamentos relacionados à liberdade de expressão. Tem-se esse princípio regulamentado no direito internacional bem como na legislação infraconstitucional.

4.1 Direito internacional

A exemplo da tutela desse direito no âmbito internacional é importante referenciar, conforme explicita Sarmiento (2013, p. 253):

à Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19) e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19). No âmbito regional, cumpre destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 10) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 90, item 2). No Direito europeu, vale referir a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 11).

4.2 Marco civil da internet (Lei 12.965/2014)

É a partir desse ponto, que o presente trabalho se especifica e começa a tratar diretamente do seu conteúdo principal. A lei 12.965/14, que ficou mais conhecida como “Marco Civil da Internet”, foi um grande avanço para o direito doméstico infraconstitucional brasileiro, pois, através de suas diretrizes que serão analisadas em seguida, tratou do acesso a internet não apenas a alçando como um direito fundamental, mas também delimitou regras de uso adequado a esse mecanismo, ou seja, instituiu direitos e deveres para os usuários.

São muitos os dispositivos que estabelecem as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios

em relação a matéria, no entanto, cumpre destacar apenas os relacionados a questão da liberdade de expressão e dos direitos humanos que o orbitam.

- O caput e o inciso II do art. 2º, tratam respectivamente do respeito à liberdade de expressão como fundamento para a disciplina do uso da internet, incluindo nessa alçada os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- Pode-se ter como um dos artigos de maior destaque, o 3º, pois este declara os princípios inerentes ao uso da internet no país (caput) de maneira expressa em seus incisos e inclusive no parágrafo único. Entre eles estão a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, *nos termos da constituição federal* (I), proteção da privacidade (II), responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei (VI) e traz ressalva declarando que os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (parágrafo único);
- No inciso II do art. 4º podem ser observados outros princípios constitucionais e até mesmo relances de conceitos fenomenológicos já vistos no presente trabalho, quando positiva a promoção do acesso à informação, ao conhecimento, e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
- O art. 7º está inserido no capítulo II da lei, que trata dos direitos e garantias dos usuários, e logo em seu caput, deixa bem claro a questão do acesso à internet como algo essencial ao exercício da cidadania, colocando este como um direito fundamental. Os incisos I, II, III e VII versam diretamente sobre o direito a privacidade. Nesse sentido o art. 8º também tutela a privacidade, mencionando novamente a garantia do direito à liberdade de expressão.
- Um pouco mais à frente no conteúdo da lei, o § 3 do art. 19, cita danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, reputação ou direitos de personalidade, demonstrando a relevância da proteção a esses direitos.

Ainda, sobre o “Marco Civil da Internet”, Pedro lenza (2012, p. 1185). explica:

Essa perspectiva em relação à liberdade de expressão, para se ter um exemplo, verifica-se no art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (conhecida como “marco civil da internet”) que assegurou a liberdade de expressão na rede mundial de computadores, salvo ordem judicial específica, com exceção apenas aos conteúdo de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (art. 21)

Dessa forma, fica explícito que, mesmo numa lei que tem como fundamento a liberdade de expressão, os demais princípios constitucionais não são colocados em segundo plano, pelo contrário, apesar da liberdade de expressão e da livre manifestação de pensamento serem direitos tutelados, a própria lei que os tutela no âmbito da internet, os limita através de outros princípios constitucionais.

5 Análise de casos concretos

Dirimidas as diretrizes da lei 12.965/14, partir-se-á então para uma análise de casos concretos que servirão de base para a elucidação e materialização dos conceitos supracitados diretamente nas praxis do ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 130)

Um primeiro exemplo a ser analisado, tem que ver com a não recepção pela Constituição de 1988 de todo o conjunto de dispositivos da lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (conhecida como “lei de imprensa”), observado na ADPF nº 130.

No tocante à limitação legislativa prévia à liberdade de expressão, muito embora o voto condutor proferido pelo Min. Ayres Britto no julgamento da ADPF 130, negando-a, em outro julgado, que entendeu como inconstitucional a exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão, estabeleceu o Min. Gilmar Mendes, no item 6 da ementa do acórdão: “as liberdades de

expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF n. 130, Rel. Min. Carlos Britto” (RE 511.961, j. 17.06.2009) (LENZA, 2012, p. 1185).

O que se percebe, é que há uma preferência do Pretório Excelsior em se tratando da liberdade de expressão no tocante aos demais direitos. Entretanto, nem sempre a posição do Órgão Máximo do Judiciário brasileiro é nesse sentido, como se verá no caso seguinte.

5.2 Habeas Corpus nº 82.424-2/Rs (caso Siegfried Ellwanger)

Será exposto no presente tópico, os aspectos relevantes acerca da temática, sob o enfoque do julgamento do HC nº 82.424-2/03, impetrado pelo paciente Siegfried Ellwanger, analisado de forma crítica a posição do Supremo Tribunal Federal frente ao remédio constitucional supramencionado, partindo da difundida doutrina de Pedro Lenza.

O que se discutia no caso concreto era, se havia sido cometida a prática de racismo ou não pelo escritor e editor de livros por suposta discriminação contra os judeus ao pregar ideias antissemitas. Sendo absolvido a priori, a 3ª Câmara Criminal do TJRS, reformou a sentença e o condenou de forma unânime. Foi então que o paciente impetrou com um HC no STJ que foi denegado, partindo este para uma nova impetração, ora analisada (LENZA, 2012).

Pede-se vênha para transcrever a ementa, dada pela redação de Lenza (2012, p. 1186):

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na relação dada pela Lei n.

8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5.º, XLII). (...). 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. (...). 15. (...). Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem” (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. em 17.09.2003, Plenário, DJ de 19.03.2004).

Seguindo a explicitação a respeito da decisão do STF, o autor de forma célebre afirma que, “O STF, por 8 x 3, em julgamento finalizado em 17.09.2003, manteve a condenação imposta pelo TJRS por crime de racismo, flexibilizando a amplitude da liberdade de expressão” (LENZA, 2012, p. 1186). Fica explícito, tanto pelo posicionamento do STF quanto pela conceituação do autor referido, que a liberdade de expressão é um direito de suma importância, no entanto, está sujeito a limitações.

Se direcionando para as divagações finais do presente trabalho, este foi submetido a um afinamento de seu conteúdo, através do método dedutivo que partiu de uma conotação geral para uma mais específica consoante ao tema trabalhado, a ponto de, daqui pra frente poder ser apreciada a questão das “Fake News” e de todos os demais aspectos inerentes a liberdade de expressão, de maneira clara e objetiva com base nos direitos humanos.

6 As “fake news” sob a análise da liberdade de expressão e proteção dos direitos humanos na internet

Apesar de não haver uma legislação específica em relação as “Fake News” (também pudera, não há necessidade inerente para tanto), os casos envolvendo esse tema podem ser analisados através de uma ótica principiológica constitucional, a luz da legislação infraconstitucional, da analogia e da doutrina, que se adequam muito bem ao contexto casuístico.

Cabe-se mencionar de maneira destacada, a razoabilidade encontrada no princípio da proporcionalidade, não tendo sido citado anteriormente por se tratar de algo reservado para o determinado momento, sendo este o mais oportuno, que serve como um meio estritamente efetivo na execução da problemática acima descrita.

Em difundida lição a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade, na antinomia entre a liberdade de expressão e outros direitos, Farias (apud SARMENTO, 2013, p. 257) elucida que:

Tais conflitos devem ser equacionados mediante uma ponderação de interesses, informada pelo princípio da proporcionalidade, e atenta às peculiaridades de cada caso concreto. Na resolução destas colisões, deve-se partir da premissa de que a liberdade de expressão situa-se num elevado patamar axiológico na ordem constitucional brasileira, em razão da sua importância para a dignidade humana e a democracia.

Ainda sobre a colisão de direitos, segundo Sarlet citado por Lenza (2012, 1185):

Doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos

fundamentais) e de direitos e bens jurídicos- constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito

Posto isso, serão analisadas a luz do princípio da proporcionalidade, situações emblemáticas envolvendo as “Fake News” e a liberdade de expressão na internet sob a ótica dos direitos humanos, a fim de estimular a ponderação e materializar os conceitos apreciados até aqui.

6.1 Razoabilidade de casos emblemáticos com base no princípio da proporcionalidade

Consoante noticiado no site O Globo no dia 27 de março de 2017, o estudante Leandro Santos de Paula foi anunciado nas redes sociais como o carcereiro do ex-governador Sérgio Cabral em Bangu, apesar de nunca sequer ter tentado entrar para a Seap, conforme o fragmento abaixo:

Onde eu moro, você não pode ser policial ou agente penitenciário. Então meus amigos e vizinhos começaram a me ligar com medo de eu morrer sem ter feito nada. O risco era algum bandido achar que era verdade – conta Leandro. – Os sites não sabiam meu nome. Eles só usaram o vídeo que eu fiz em 2009 para ter uma notícia relacionada à Lava-Jato. O boato sobre Leandro foi lançado como uma sátira por um site assumidamente de humor, o “O Joselito Müller”, no fim de novembro (Site O Globo > Agência O Globo – 27/03/2017).

Outro exemplo é o caso da estudante de direito Mayara Petruso, que segundo o site UOL no dia 16 de maio de 2012, postou mensagens preconceituosas contra nordestinos no Twitter na época das eleições de 2010.

Veja-se alguns exemplos da manifestação após a vitória de Dilma Rousseff:

- Nordestino [sic] não é gente;
- Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado (Site UOL Notícias > Tecnologia – 16/05/2012).

Indubitavelmente, os dois casos citados acima caracterizam uma prática ilícita se a base for o princípio da proporcionalidade, pois, deixam de atuar no campo do equilíbrio, excedendo o direito à liberdade de expressão pelo fato de causar dano a outrem, desrespeitando os limites impostos por outros três direitos que serão analisados de forma sucinta abaixo.

A primeira violação percebida nos casos supracitados, diz respeito ao direito à honra. Na visão de Sarmiento (2013, p. 257):

A liberdade de expressão exige que se reconheça uma ampla margem para manifestações e para circulação de informações, sobretudo quando estiverem envolvidos temas de interesse social. Ocorre que as opiniões e fatos divulgados podem prejudicar a honra e reputação das pessoas envolvidas. Diante da proteção constitucional do direito à honra, há que se traçar critérios mínimos para solução dessas colisões. [...] Embora manifestações agressivas ou irônicas também estejam compreendidas no âmbito da proteção da liberdade de expressão, estas costumam impor um dano maior ao direito à honra, nem sempre constitucionalmente justificável.

As demais violações conferem relação com os direitos à igualdade e a dignidade da pessoa humana, que, ainda sob a ótica de Daniel Sarmiento, devem ser levadas em consideração frente a ponderação com a liberdade de expressão.

Há manifestações que se voltam contra a igualdade dos membros de determinados grupos, como as expressões de racismo, sexismo, homofobia e intolerância religiosa, entre outras formas de discriminação. Tais manifestações tendem a abalar a autoestima das suas vítimas, atingindo a sua dignidade e fomentando um ambiente de intolerância, que nada contribui para a democracia. Por isso, quase todos os Estados democráticos admitem em tais casos restrições a esse direito²³, sendo tal posição endossada também por tratados

internacionais de direitos humanos em vigor no país, como o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 40), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 20.2), e a Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos (art. 13.5)²⁴. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do famoso caso *Elwanger* (HC 82.424/RS), decidiu que a proteção da igualdade e da dignidade humana prevaleceria sobre a liberdade de expressão, em caso que envolveu a condenação por crime de racismo de editor que se especializara na publicação de livros caracterizados pelo antissemitismo (SARMENTO, 2013, p. 258).

É incrível como o que Daniel Sarmiento explicita, se encaixa pormenorizadamente nos casos supramencionados. Tanto no caso Leonardo, quanto no caso Mayara, há uma séria violação à honra, ao princípio da dignidade da pessoa humana e à igualdade, fere à honra ao expor a vítima do primeiro caso à um risco de vida, no segundo caso todos os três direitos mencionados são deflagrados de maneira inescrupulosa ao discriminar e difamar todo o povo da região nordeste.

E, nos casos acima, quando colocados na balança da proporção, pendem fortemente à não proteção constitucional em relação à liberdade de expressão e a livre manifestação de pensamento.

7 Considerações finais

Dessa forma, o objetivo proposto pelo trabalho de buscar o melhor meio para dirimir a antinomia entre o direito à liberdade de expressão, a livre manifestação de pensamento e os demais direitos que os orbitam, foi alcançado.

A princípio, ao apreciar o que a fenomenologia aponta em relação à liberdade, pode-se perceber que, tanto no pensamento de célebres filósofos como Locke, Hobbes, Marx e Kant, quanto no pensamento de pensadores mais modernos, a liberdade em seus mais variados aspectos sempre teve uma posição privilegiada e muitas vezes constituiu a essência para os demais direitos.

Sopesando o parâmetro principiológico, a liberdade tem uma extensa garantia constitucional, no entanto, a partir daí se nota que nenhum direito é absoluto, pois muitas vezes estes podem entrar em conflito. E através da legislação infraconstitucional é possível chegar à conclusão de que inclusive na internet, a liberdade de expressão é algo fundamental, porém pela base da constituição, também deve-se existir uma garantia a preservação de direitos diversos.

Partindo desse pressuposto, o entendimento dos precedentes gerados pelo Pretório Excelsior sempre busca garantir a liberdade de expressão e a livre manifestação de pensamento, no entanto quando estes excedem seus limites, entra em ação a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando tal direito frente a dignidade da pessoa humana, a igualdade, à honra, privacidade entre outros.

Com isso, de maneira unânime, pode-se concluir que de fato, a liberdade seja em qualquer uma das suas manifestações, deve ter certa preferência frente aos demais direitos, pois, sem ela não se poderia haver a constituição de uma democracia nem de um Estado livre.

Entretanto, mesmo dada a sua posição privilegiada, o coerente é se valer do princípio da proporcionalidade para que este direito não seja utilizado para legitimar ações mal-intencionadas como tem ocorrido nos casos de “Fake News” e em outros excessos percebidos na internet.

Nesse sentido, a Liberdade de expressão deve ser garantida, inclusive na internet, porém, essa garantia deve ser oferecida de maneira efetiva e proporcional.

Referências

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CANOTILHO, J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1 ed. Saraiva, 2013. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212640/>

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm. 2013.

FILHO, J. J. F. **Moral e História em John Locke**. 1 ed. V. 20. São Paulo: Loyola, 1992.

HOBBS, T. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Justiça condena universitária por preconceito contra nordestinos no Twitter. **UOL** Notícias. Tecnologia, 2012. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/16/justica-condena-universitariapor-preconceito-contra-nordestinos-no-twitter.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 20 ed. Saraiva Educação, 2012. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/>

LOCKE, J. **Na Essay Concerning Human Understanding**: a critical edition by Alexander C. Fraser. Nova Iorque: Dover Publications, 1959.

Notícia põem vidas em risco. **O Globo**. Agência O Globo, 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticias-falsas-poem-vidas-em-risco-21113323>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

OLIVEIRA, A. R. O Problema da Liberdade no Pensamento de Karl Marx. **Perspectiva**. Florianópolis, v. 16, n. 29, p. 175-195, jan-jun. 1998.

SIMMEL, Georg. O indivíduo e a liberdade. SOUZA, Jessé e ÖELZE, Berthold (orgs.) **Simmel e a Modernidade**. Brasília: Unb, 1998b. p.109-117.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Nº 82.424** - Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. 17 set. 2003.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 130** - Brasília. Arguente Partido Democrático Trabalhista. 30 abr. 2009.

Liberdade de expressão nas mídias digitais: um contraponto entre a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais

Lais Giovanetti

Juliana Giovanetti Pereira da Silva

Maria Ângela Alves Pessoa

Introdução

A Constituição Federal de 1988 elencou como fundamentais os direitos e garantias dos indivíduos, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III e os deveres e garantias individuais e coletivos, previstos no artigo 5º, todos da Carta Magna.

Inicialmente, doutrinadores entendiam a dignidade da pessoa humana como o direito de defesa do particular contra os poderes do Estado. Entretanto, com a evolução jurídica, ampliou-se o âmbito de sua aplicação no universo do direito, aplicando-se esses princípios não apenas frente ao Estado, como também entre os particulares. Tornou-se necessário analisar a dignidade da pessoa humana como parâmetro de interpretação jurídica e limite para o Estado, a comunidade e os particulares.

Desta feita, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade de expressão, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade

fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional.

Contudo, apesar da Carta Magna garantir os direitos e deveres fundamentais, inclusive já prevenindo punições para os abusos, com o advento da Internet surge um grande desafio para a ciência jurídica devido ao clamor provocado ao levantar questões polêmicas de difícil solução: a tutela de direitos da personalidade, como a intimidade, em ambiente de Internet. A situação se tornou ainda mais latente com a massificação das mídias digitais ou redes sociais.

Os registros cotidianos de questões polêmicas na seara digital têm despontado para análises jurídicas e recaindo sobre o Poder Judiciário. Entretanto, ainda pouco se observa na doutrina e literatura jurídica, estudos aprofundados e específicos sobre a colisão de direitos fundamentais na Internet, especificamente, ao que se refere a Liberdade de Expressão nas Mídias Digitais, como pretende abordar este artigo.

Sob o escopo do direito à livre manifestação do pensamento e da liberdade de expressão e comunicação, garantidos em instrumentos internacionais e no artigo 5º, incisos IV e IX, da Lei Maior, as mídias digitais têm servido como instrumento de afronta à dignidade da pessoa humana e outros princípios, igualmente previstos no dispositivo constitucional supracitado, fomentando o preconceito e invadindo a vida privada e a intimidade, deixando o tema bastante atual e polêmico.

O presente trabalho tem como base o exame da doutrina pátria sobre o advento da internet e especificamente da liberdade de expressão nas mídias digitais, se deparado com a colisão de direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988. Para tanto, inicialmente, aborda-se o conceito de dignidade da pessoa humana como preceito fundamental, sua vinculação entre os particulares e os limites contra a violação a este princípio.

Em seguida, trata-se da conceituação e evolução histórica ao longo dos anos no Brasil. Após, haverá a análise da violação do

princípio da dignidade da pessoa humana, da vida íntima e da privacidade no ambiente virtual, o comportamento das pessoas frente as redes sociais e a problemática enfrentada pelo judiciário para atuar de forma preventiva e repressiva ante a rapidez com que se propagam os danos no ciberespaço.

Por fim, pretende-se mostrar na prática como ocorreram colisões entre direitos fundamentais, a forma com que a redes sociais vêm servindo de canal para manifestações do ódio e de preconceito, sem a preocupação dos autores quanto à violação de preceitos fundamentais, demonstrando, inclusive, o caso concreto que levou a criação da Lei do Marco Civil da Internet.

1 Os direitos fundamentais na constituição de 1988

O princípio da dignidade da pessoa humana faz parte do patrimônio comum da humanidade, estando devidamente assegurado na Declaração Universal de Direitos Humanos. Ao longo do tempo, a história demonstra a trajetória gradativa que levou a sua consagração ao âmbito do direito constitucional, do direito internacional e direitos humanos: “Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a alguns dos principais pactos internacionais sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições” (SARLET, 2015, p. 21).

A dignidade da pessoa humana é o preceito primordial da República Federativa do Brasil, positivada na Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã. O referido princípio está inserido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Segundo Sarlet, engloba outros preceitos materializados como fundamentais no texto constitucional, sendo, dessa forma, o epicentro de valores predominantes e básicos de todo o ordenamento jurídico da sociedade brasileira (SARLET, 2015, p. 389).

Os princípios fundamentais são diretrizes que norteiam os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, que

delimitam um Estado Democrático. São baseados em direitos humanos que respaldam a ordem constitucional, garantindo a vida, a liberdade, a igualdade, a educação, a livre expressão, a segurança, entre outros estabelecidos no artigo 5º.

É importante observar que, frequentemente, se constata a confusão entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Apesar de direitos humanos englobarem os direitos fundamentais e os dois termos serem frequentemente utilizados como sinônimos, se faz necessária a distinção entre os termos e sua conceituação. Direitos fundamentais se referem aos direitos e garantias inerentes ao ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado.

Já direitos humanos representa um termo mais abrangente e engloba pactos e acordos internacionais, que reconhecem direitos e garantias a todos os povos e tempos, com aspiração para a abrangência universal, independente da vinculação do indivíduo a determinado Estado ou ordem constitucional (SARLET, 2012, p. 29).

O grande doutrinador, Ingo Sarlet, ensina que o direito constitucional positivo brasileiro se inclina em prol de uma necessária vinculação direta também dos particulares aos direitos fundamentais. Constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do direito. O autor, aponta ainda que na existência de conflito, o poder-dever do judiciário inclina-se para resolver-se em favor dos Direitos Constitucionais, especialmente da dignidade da pessoa (SARLET, 2012, p. 391).

Sob esta perspectiva, cabe ao Estado não apenas respeitar, mas também promover e zelar pelo respeito à dignidade da pessoa, sendo devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. Para Sarlet, por força da unidade do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, por haver a necessidade de particulares também se protegerem contra atos atentatórios aos direitos

fundamentais, provindos de outros indivíduos ou entidades particulares (SARLET, 2012, p. 396).

Explica o mencionado autor que o Estado tem o dever de proteger a dignidade de todos os indivíduos contra agressões oriundas de terceiros, mesmo que de outros particulares, de modo que promova as condições que viabilizem as pessoas de viverem com dignidade. Para o mesmo, no âmbito de proteção, há limites e limites dos limites e situações de colisão de direitos fundamentais afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira, devido ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2012, p. 412).

Um dos casos mais recorrentes de colisão de direitos envolve a liberdade de expressão:

Hipótese clássica diz respeito à liberdade de expressão, prevista no artigo 5º, IX, da CF, que, a despeito de não sujeita à reserva legal, pode entrar em roa de colisão com outros direitos fundamentais, como por exemplo, os direitos à intimidade, à honra e à imagem (artigo 5º, X, CF), igualmente não sujeita à reserva de lei (SARLET, 2012, p. 412).

Em síntese, destaca-se que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição Federal. Parte-se da premissa que a constituição não se restringe a regulamentar de forma material uma série de competências, mas estabelece uma ordem de princípios, apoiados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos que lhe são inerentes (SARLET, 2012, p. 413).

Os limites dos limites funcionam, portanto, como uma verdadeira barreira para desproporções, que se caracterizam violações aos princípios e, portanto, antijuridicidade (SARLET, 2012, p. 415).

Os deveres fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, representam valores da

comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover: “É nesse sentido que não se deveria esquecer que direitos não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca” (SARLET, 2012, p. 234).

Em seguida, abordaremos a liberdade de expressão, um direito fundamental que garante a **manifestação de opiniões, ideias e pensamentos** sem retaliação ou censura por parte de governos, órgãos privados ou públicos, e até de outros indivíduos.

2 A liberdade de expressão

Para Nuno Sousa, a liberdade de expressão pode ser definida como o direito de expressar o próprio pensamento:

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento. Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais. Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de fatos (informações) (SOUSA, 1984, p. 137).

A liberdade de expressão é um direito que permite as pessoas se manifestarem, transmitir e receber informações por diversos meios, de forma independente e sem censura. Significa manifestar a opinião pessoal, mas com respeito e respaldada pela veracidade das informações. (BEZERRA, 2017)

Esse direito abrange além da escrita ou fala, a comunicabilidade por meio de gestos, desenhos, gravuras, escultura e pintura e envolve duas dimensões (MACHADO, 2002, p. 417):

Nesse sentido, deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz

a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento (MACHADO, 2002, p. 417).

No Brasil, a liberdade de expressão é garantida pelo artigo 5º da Constituição Federal. No mundo, um direito estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

O primeiro documento brasileiro que trata do tema é a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, que em seu artigo 179, inciso IV, estabeleceu a inviolabilidade dos Direitos Cívicos e políticos dos cidadãos brasileiros. A Constituição do Império, trata a liberdade de expressão da seguinte forma:

Artigo IV - Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar (CAVALCANTI, 2015).

O texto constitucional do império estabelece a ideia “democrática” da liberdade de expressão, contudo prevê os possíveis abusos e alerta para as possíveis punições. (CAVALCANTI, 2015).

Somente em 18 de setembro de 1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, retomou a livre manifestação do pensamento sem censura prévia. A volta da liberdade de expressão no texto constitucional foi possível porque o ex-presidente Getúlio Vargas havia sido deposto e com o fim da Segunda Guerra Mundial, começaram a surgir movimentos de redemocratização do País. Outro ponto importante historicamente é que pela primeira vez foi vedado o preconceito sobre raça ou classe no texto (CAVALCANTI, 2015).

Em 1964, com o golpe de Estado no Brasil e o governo exercido por um regime militar, houve novo retrocesso. Como reflexo, foi criada uma nova Constituição, em 1967, que embora estabelecesse à liberdade de expressão, previa sanções severas para

os “abusos” e censura a espetáculos e atividades de diversão (CAVALCANTI, 2015)

Com o fim da ditadura militar e a redemocratização do Brasil, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, que trouxe significativos avanços e ampliou o direito à liberdade de expressão, nos chamados direitos fundamentais. O direito à liberdade de expressão é garantido no artigo 5º, incisos IV e IX, que garante a livre manifestação do pensamento e a livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (CAVALCANTI, 2015).

A liberdade de expressão é um direito fundamental por também estar garantida pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 19, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, após ser aprovado pelo Congresso Nacional em decreto legislativo de 12 de dezembro de 1991 (CAVALCANTI, 2015).

Em seguida, será abordada a colisão entre preceitos fundamentais nas redes sociais, especialmente a liberdade de expressão frente aos demais direitos da personalidade, como a vida privada, a imagem, a intimidade, a igualdade, entre outros.

3 Liberdade de expressão nas mídias sociais e a colisão entre direitos fundamentais

Com desenvolvimento dos meios de comunicação e a massificação da Internet, ocorreu a potencialização da difusão de pensamentos e ideologias, através das mídias digitais. Se por um lado, a digitalização reduziu fronteiras e globalizou a informação, por outro, emergiu uma clara violação de direitos assegurados pela Constituição Brasileira de 1988, como a dignidade da pessoa humana, à vida privada e à intimidade.

Sob o argumento da “Liberdade de Expressão”, as mídias digitais têm servido de plataforma para violação da privacidade,

disseminação do discurso de ódio e de preconceito, vedados pela Carta Magna, em seu artigo 5º, caput, e incisos I, IV e X.

O conceito de privacidade não possui uma definição objetiva, uma vez que para cada pessoa a privacidade tem diferentes aspectos e sentidos. O que é considerado privativo para um pode não ser privativo para outrem, portanto ainda não existe definição perfeita para a intimidade e vida privada (ASTURIANO, 2017, p.58).

Entretanto, como explica Liliansa Minardi Paesani, muitas manifestações da vida íntima das pessoas destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento de outras, sendo praticamente secretas, por isso, constitui-se ato ilícito divulgá-las, assim como revelá-las, não importando para qual quantidade de pessoas (PAESANI, 2000, p. 47).

Neste sentido, Asturiano dispõe:

O que deveria ser de cunho privado está ao alcance de todos, e ainda há o contraponto jurídico do direito fundamental à informação de tudo que ocorre ao nosso redor. Como conciliar? A rapidez com que as informações se difundem na internet vem criando problemas e situações que infringem os direitos da personalidade e que massificam as pessoas, caracterizando uma urgente necessidade de regulamentação e de conscientização (ASTURIANO, 2017, P.2).

Os internautas criam uma imagem virtual, com o objetivo de a veicular junto às redes sociais, blogs e demais mídias sociais, onde se apresentam de acordo com um conceito de valores que gostaria que fossem a representação da sua personalidade individual, como uma máscara social, reflexo da pessoa que pretende ser vista, de acordo com a forma idealizada exposta nas redes.

O universo virtual se oferece sem limites às pessoas que se desvelam e se transformam no ambiente do ciberespaço. Entretanto, os conceitos da dignidade da pessoa humana e a proteção à personalidade com ênfase na imagem transformaram-se em territórios nos quais são verificadas inúmeras violações contra a imagem. As redes sociais crescem a cada dia com a

inclusão de pessoas de todas as idades e a imagem virtual representa a (re)significação da personalidade individual nas inúmeras máscaras da pessoa, uma modalidade atual que se destaca na tecnologia da informação.(ASTURIANO, 2017, p.3)

Com a supervalorização da imagem, a vida das pessoas se tornou um outdoor para constante observação alheira. No ambiente virtual, a intimidade é invadida, pessoas transformadas e mitificadas em um clique, o que em fração de segundos pode levá-la a ser um ícone ou ser a sua ruína (ASTURIANO, 2017, p. 1).

Sob o escopo da liberdade de informação e expressão, a comunicação se difunde muito rapidamente nas redes sociais, criando situações que infringem os direitos da personalidade, que podem inclusive estar inseridas em dados falsos ou irreais, causando toda a sorte de problemas aos particulares. De acordo com Paesani, assegurar o direito à informação, não significa desrespeitar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, assegurados pela Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento dos direitos da personalidade na Carta Magna e no Código Civil em 2002 configuram-se como um avanço jurídico na conscientização sobre a dignidade da pessoa humana, tema considerando pelos doutrinadores como bandeira de vida e sociedade (ASTURIANO, 2007, p. 4).

O reconhecimento dos direitos da personalidade são uma evolução da ciência jurídica e, portanto, detalhes da vida íntima são privadas e sigilosas e revelá-las, não importa a quantas pessoas é um ato ilícito. Entretanto, respeitando-se a esfera íntima e privada, algumas informações podem ser consideradas lícitas, apenas se justificadas por haver legítimo interesse social na divulgação (PAESANI, 2000, p. 48).

Para Paesani, é necessário verificar se existe interesse público de relevância para divulgar aspectos da vida privada do indivíduo: “Outros limites à privacidade podem ser impostos, quando atingem interesses coletivos diferentes do direito à informação e de maior

relevância numa avaliação conjunta do interesse geral (PAESANI, 2000, p. 48).

Resguardar a vida privada e a intimidade assegurando sua inviolabilidade são furtos da consagração dos direitos da personalidade que se operou nos sistemas jurídicos do pós-guerra do século XX: “O reconhecimento da dignidade da pessoa humana ganhou espaço somente quando foram perpetradas inúmeras violações contra a pessoa” (ASTURIANO, 2007, p. 42).

Entretanto, apesar das cortes internacionais tutelarem a liberdade de expressão e a vida privada, com o crescente avanço tecnológico e a massificação da internet, as redes sociais ou mídias digitais emergiram um grande conflito social entre ambas.

A internet introduziu um elemento inovador: tornou a sociedade efetivamente transparente, possibilitando a qualquer pessoa o acesso a uma quantidade máxima de informações em relação a qualquer aspecto da vida social. Entretanto, a rede é adotada de características absolutamente próprias e conflitantes: ao mesmo tempo que se tornou um espaço livre, sem controle, sem limites geográficos e políticos, e portanto, insubordinado a qualquer poder, revela-se como emaranhado perverso, no qual se torna possível o risco de ser aprisionado por uma descontrolada elaboração eletrônica (PAESANI, 2000, p. 36).

A legislação procura garantir o fundamental direito da personalidade, no entanto, Para Asturiano, com os meios digitais, determinadas publicações se propagam de forma tão veloz e emaranhadas que o direito como instituição protecionista não consegue ser efetivo, pois necessita de determinado tempo para materializar a proteção.

Para Gisele Asturiano, tanto a efetividade da lei protetiva, quanto a declaração judicial inibidora do ato lesivo, terão que ser adaptados para acompanhar a velocidade da vida moderna, principalmente no que se refere a propagação de informações no mundo virtual. Defende a necessidade da divulgação rápida da informação, mas também avalia ser fundamental coibir as ofensas à

dignidade da pessoa humana, evitando que se espalhem com a mesma velocidade e proporções com que são divulgadas, tarefa complicada ante ao sistema legal e jurídico/processual do País (ASTURIANO, 2017, p. 1).

As diversas situações de conflitos das normas, ainda que fundamentais, fazem com que haja a necessidade de valorar as normas adequadamente e ajustá-las ao fato mais relevante: “Nesse caso, haverá uma relativização dos direitos fundamentais a fim de proteger os direitos da personalidade em seu valor mais profundo, considerando para isso os valores de cada uma das proteções legais” (ASTURIANO, 2018, p. 56).

Não há como dissociar liberdade de manifestação do pensamento e tutela da intimidade: “São dois valores fundamentais que devem ser amplamente protegidos. Todavia, nenhum deles pode ser exercido sem limites, quando em situações dessa natureza ocorrerá inevitável conflito entre dois direitos fundamentais” (ASTURIANO, 2018, p. 56).

O conflito emerge do comportamento do indivíduo que extrapola a liberdade de expressão, denominado princípio da liberdade negativa, confrontando com o princípio da dignidade da pessoa. Os limites do direito de expressão e o dever de levar ao conhecimento público informações relevantes perante a sociedade precisam ser conciliadas e norteadas pela imparcialidade, buscando-se um equilíbrio da informação (ASTURIANO, 2018, p. 57).

Ocorre que toda a informação levada a conhecimento público deve ter como princípio norteador o respeito à privacidade e os limites da intimidade da pessoa. Por sua vez, a participação do cidadão representa o respeito das prerrogativas inerentes às situações de intimidade familiar e demais momentos de reserva da pessoa que, por vontade própria, devem ser preservados nas esferas da individualidade (ASTURIANO, 2017, p. 1).

Asturiano explica que nesse contexto, de fazer circular fatos e boatos acerca das pessoas nas redes da Internet, ocorre uma colisão

de interesses e direitos fundamentais com limites à liberdade de expressão e ao controle da vontade. O dilema se dá entre as dimensões defensiva e protetivas do mesmo direito fundamental, exigindo quase simultaneamente a atuação estatal de ambos (ASTURIANO, 2017, p. 58).

A autora defende que a proteção à privacidade na atualidade é um dever do Estado, das pessoas e de toda a coletividade, pois, através da internet as pessoas ganham força. A manifestação de pensamento que materializa a violação de pessoa de forma indistinta, expondo a pessoa ao ridículo ou em momento de privacidade, ou ainda a manipulação de forma contrária à vontade do agente, evidencia a violação à honra, à privacidade e à identidade da imagem formada, o que assegura à vítima proteção garantida (ASTURIANO, 2017, p. 72).

Nesse contexto, é preciso analisar cada caso de forma concreta e individual. Estamos diante de situações de colisão de direitos fundamentais, direito fundamental da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, os intérpretes, sem poderem recorrer às técnicas tradicionais de hermenêutica, valem-se de um raciocínio que a doutrina convencionou denominar ponderação. A ponderação, portanto, é técnica indeclinável. Com efeito, a ponderação, aparece como técnica destinada a garantir certa uniformidade das decisões, bem como alguma previsibilidade das consequências advindas de conflitos de direitos (BESSA, 2006, p. 12-13).

Para isso, na solução de colisão de direitos fundamentais possui, importância destacada, o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também é denominado razoabilidade, exigibilidade ou de justa medida. Exige que haja uma ponderação da relação entre os danos causados por determinada medida e os resultados obtidos (BESSA, 2006, p. 12-13).

Na perspectiva do presente estudo, temos que este subprincípio é fundamental para o intérprete quando este se coloca diante de uma colisão de direitos, pois servirá de norte para a aplicação da solução que cause o menor gravame possível aos

envolvidos no caso concreto. Assim, vislumbrando-se duas soluções para a situação conflituosa, escolhe-se aquela que se mostre necessária, exigível para o caso e sem a qual restariam lesados de forma inaceitável interesses do cidadão (BESSA, 2006, p. 12-13).

Nesse contexto, o Marco Civil da Internet, criado pela Lei nº 12.965, passou a vigorar em 23 de abril de 2014 com princípios norteadores a respeito à liberdade de expressão, a proteção da privacidade e dos dados pessoais: “O que não se pode perder de vista é que a liberdade tem limites, e ainda que esta seja relativizada na medida em que infringe a intimidade alheia, o segredo e a liberdade do direito à intimidade (ASTURIANO, 2017, p. 74).

Casos de violação aos direitos da personalidade através da internet estão cada vez mais recorrente nos tribunais. A situação demonstra a busca judicial para que as pessoas tenham a imagem preservada, assim como para que tenham a possibilidade de pedir o cancelamento de falsos perfis nas redes sociais, a indenização pela exposição da imagem, da vida e da intimidade pelo ciberespaço.

Não obstante, a Lei nº 12.735/2012, alterou o Código Penal para criminalizar as condutas relativas a dispositivos digitais, permite a investigação e a criminalização do ofensor também de forma criminal, garantindo, dessa forma, não apenas a indenização (ASTURIANO, 2017, p. 88).

É indispensável a proteção às pessoas, à imagem e à privacidade nas várias vertentes, pois, do contrário, a rede mundial de computadores será um local que não se pode servir de fonte confiável, pois se não houver a prevenção a que se possa buscar o ofensor a fim de ressarcir os danos causados, haverá um universo onde todo o tipo de ofensa à pessoa será perpetrado com evidente risco de violação à personalidade das futuras gerações (ASTURIANO, 2017, p. 89).

Para Asturiano, o direito da personalidade abrange todo o tipo de proteção à pessoa imprescindível à vida, à saúde e ao bem-estar de um modo geral, por isso, os prejuízos causados à pessoa pela

utilização de sua imagem de forma indevida geram o dever à responsabilização, que deve ser estabelecido de forma a individualizar as condutas e infrações às pessoas, inclusive os provedores de internet, pois tem o caráter lucrativo. Por isso, é correto a imputação de responsabilidade inerente ao serviço prestado (ASTURIANO, 2017, p. 115).

A tutela reparadora da personalidade precisa ser abrangente e diversificada nas diferentes formas em que há violação da imagem na internet, não se atendo somente à responsabilidade puramente civil, mas para a pacificação social abrangente, é necessário, além da reparação do dano, a punição do infrator em crimes virtuais. A responsabilidade penal ou criminal, surge a partir da prática de ato tipificado pela norma como delituoso, podendo ser tanto na forma comissiva como omissiva (ASTURIANO, 2017, p.144-145).

A responsabilidade civil vem desempenhando também uma função preventiva, vislumbrando evitar futuros danos, devido a aplicação de uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, mas com o intuito de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos (ASTURIANO, 2017, p. 148).

Dessa forma, a proteção ampla da dignidade da pessoa humana vem ocorrendo com diversas matrizes, sendo que a proteção da pessoa é realizada por vias administrativas, civil e penal, devido à natureza desse direito que é irrenunciável e inalienável, inerentes da pessoa, por isso, há que ser aplicada a lei para punir o infrator (ASTURIANO, 2017, p. 172).

Como define Ingo Sarlet, a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (SARLET, 2009, p. 23).

A dignidade da pessoa humana deve ser garantida no ambiente virtual, pois na sociedade cuja vida das pessoas se tornou uma vitrine, desde o que fazem ao que não fazem, com exposição da vida particular, onde conhecidos e desconhecidos ofendem, cometem o crime de racismo e preconceito e tanto mais ocorre no

ciberespaço, de fato, a Dignidade deve ser garantida (ASTURIANO, 2017, p.173).

Além da Constituição Federal tratar da questão da dignidade da pessoa humana, vedando toda a sorte de abusos, o Código Civil de 2002 remodelou o princípio da valorização da pessoa humana, da responsabilidade ética e solidária, igualmente como a Constituição Federal, não dando margem ao preconceito e a divulgação de imagens danosas às pessoas, que exploram deliberadamente a dor e a tristeza das pessoas, “mas, esse contexto ofensivo não pode permanecer no ciberespaço, pois o judiciário tem iniciado o processo de recomposição e delimitação de valores com o intuito de proteger a pessoa, especialmente a Dignidade Humana, de todas as pessoas” (ASTURIANO, 2017, p. 174).

Nesse sentido, eventuais e até mesmo inevitáveis colisões entre direitos, envolvendo as diversas pessoas, devem ser resolvidos partindo da premissa de uma solução sempre favorável a dignidade da pessoa humana. No confronto entre a liberdade de expressão e demais direitos da personalidade, deve-se sempre optar pela solução mais afinada à proteção da dignidade da pessoa humana – *in dubio pro dignitate*. (SARLET, 2009, p.127).

Após tais considerações, serão abordados casos práticos de abusos da liberdade de expressão na Internet, especialmente nas mídias sociais.

4 Análise de casos concretos sobre abusos da liberdade de expressão nas redes sociais

A violação de preceitos constitucionais e de direitos da personalidade nas redes sociais ocorre há alguns anos, mas vem se agravando desde agosto, devido ao período eleitoral de 2018, especialmente devido à disputa presidencial.

Nas últimas eleições, as redes sociais vêm servindo de palanque para propagar e disseminar, entre os usuários, o ódio, a

calúnia, a injúria e o preconceito. Diariamente, as chamadas *fakes news* ou mesmo comentários “criminosos” ganham força, são compartilhados, fomentando o ódio, ferindo a dignidade da pessoa humana de jornalistas, de cidadãos comuns, artistas, juízes e outros.

A simples opinião sobre votar em um ou outro candidato ou a divulgação de notícia jornalística tem se tornado um estopim para a intolerância e culminando em um bombardeio de preconceitos e ofensas.

Um caso que vem ganhando grande repercussão na rede social Facebook é o caso da jornalista Miriam Leitão, da Rede Globo de Televisão. Circula na internet um *post*, largamente compartilhado e já com milhares de visualizações, dizendo que a mesma é assaltante de banco, e em 1968 teria assaltado uma agência do Banco Banespa, utilizando um revólver calibre 38. Até o dia 7 de agosto de 2018, às 18 horas, a imagem já tinha sido compartilhada 584 vezes.

Assim, usuário realizaram ofensas a jornalista, como as seguintes: “*Só mesmo no Brasil que Bandida tem vez e voz*”, “*Eis a bandidona disfarçada de jornalista. Aliás, jornalista nem é mais profissão*”, “*Da Globo, jornalista velha e recalcada da emissora diabólica*”, dentre outros de grande cunho ofensivo (TOLEDO, Facebook, 2018).

A postagem falsa, a qual aparecem fotos de Miriam Leitão foi desmentida por vários veículos de comunicação, entre eles a Folha de São Paulo:

Circulam nas redes sociais, uma imagem e texto que atribuem à jornalista Miriam Leitão a participação no assalto a um banco... Miriam foi processada por participação na organização do PCdoB, à época um partido clandestino, por aliciamento de estudantes, panfletagem e pichações. Ela não foi acusada, em momento algum, de participar da luta armada ou de assalto a bancos. A jornalista foi inocentada (MARÉS, 2018).

Apesar de vários internautas alertarem sobre a informação ter conteúdo fantasioso, os compartilhamentos prosseguiram e muitos

sequer acreditaram se tratar de *fake news*. O site Yahoo, desmentiu a informação em outubro, dois meses depois das primeiras reportagens desmentindo as postagens falaciosas, da mesma forma jornais O Globo e Estadão

Nos últimos dias vem circulando em grupos de WhatsApp e redes sociais uma foto da ficha da jornalista do Grupo Globo, Miriam Leitão de quando ela foi presa pela Ditadura em 1972. A imagem é acompanhada do texto: “foto do julgamento do assalto ao Banco Banespa da Rua Iguatemi, em São Paulo, ocorrido no dia 06/Outubro/1968. A informação é *fake news*. Miriam Leitão não foi presa e processada por roubo à mão armada. Ela também não participou de nenhum assalto a banco. Na ocasião, Miriam tinha 15 anos e morava em Caratinga, em Minas Gerais. Ela foi presa apenas quatro anos depois no 38º Batalhão de Infantaria em Vila Velha, no Espírito Santo. Miriam foi presa por razões políticas com 19 anos e foi torturada por militares” (YAHOO NOTÍCIAS, 2018).

Em outro caso concreto envolvendo eleições, um dos usuários da rede social Facebook, ofende e discrimina eleitores de outros candidatos, diferentes ao dele, apoiador de Jair Bolsonaro.

Após o primeiro turno das eleições 2018, outra rede social, o *Twitter*, também recebeu inúmeras mensagens de cunho preconceituoso contra nordestinos, mulheres, homossexuais e outros. De acordo com a revista *Época Negócios*, milhares de publicações ofensivas foram postadas entre as 19 horas de domingo, 7 de outubro, até às 10 horas do dia 8, após o resultado das eleições.

O principal alvo das mensagens foi a população do Nordeste. Na região, Bolsonaro perdeu para Fernando Haddad, do PT, em todos os estados – e ainda para Ciro Gomes, no Ceará. O resultado das urnas na região levou a disputa para o segundo turno. No *Twitter*, houve 1,76 milhão de mensagens. Além de posts ofensivos e preconceituosos, houve uma onda de publicações de grupos opostos a Bolsonaro agradecendo ao Nordeste por frear a eleição do candidato do PSL.

Outros termos usados frequentemente nos tweets foram nazismo e fascismo – principalmente em mensagens críticas a Bolsonaro (Época Negócios, 2018).

Apesar da explosão de casos de disseminação do ódio e violação de preceitos constitucionais durante as eleições de 2018 nas redes sociais, a problemática vem sendo registrada em outras situações nos últimos anos.

O caso emblemático e de grande repercussão, que culminou na criação da Lei nº 12.965/2014, devido ao grande clamor social, conhecida como Marco Civil da Internet, foi o vivenciado pela atriz Carolina Dieckmann, que teve seu computador invadido por hackers e suas fotos íntimas e particulares capturadas por hackers, espalhadas e compartilhadas em redes sociais e sites sensuais, em 2012 (ASTURIANO, 2017, p. 132).

A lei trouxe a inovação capaz de mudar o panorama do ciberespaço, antes considerado “terra de ninguém”, onde todos podem agir livremente.

O que se percebe através destes casos concretos realmente é o confronto entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, ao se verificar que com o abuso de um dos direitos pelos cidadãos, a liberdade de expressão, fere a intimidade, a privacidade a dignidade da pessoa humana de outros cidadãos.

Considerações finais

A Constituição Federal completa 30 anos, sendo considerada uma das mais avançadas do mundo em relação a direitos e garantias fundamentais. A Constituição Cidadã elencou no seu texto direitos sociais e individuais, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Pautada em valores supremos para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a Carta

Magna apresenta-se totalmente comprometida com a ordem internacional.

Contudo, com o avanço das novas tecnologias, a popularização da Internet e das novas formas de comunicação, abriu-se espaço para situações conflitantes e desafiadoras para as ciências jurídicas. O ciberespaço se tornou um ambiente propício para a violação de direitos de forma rápida e com grande poder de disseminação. Frequentemente, sob o escudo protetivo da liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, os autores de posts e notícias nas redes sociais imaginam-se imunes, fomentando toda a sorte de ofensas aos preceitos fundamentais constitucionais.

Com a supervalorização da imagem na Internet, indivíduos equiparam-se a vitrines virtuais, verdadeiros outdoors para constante observação alheira e ganharam terreno fértil nas mídias sociais, meios de comunicação propícios para a invasão da intimidade e violação de direitos fundamentais. Nas mídias digitais, em fração de segundos e em larga escala, indivíduos são transformados e mitificados e basta um clique para se tornarem um ícone ou um ser desprezível.

No ciberespaço, é frequente a convivência se desvirtuar para a desconsideração recíproca e a boa comunicação enredar para o discurso do ódio, do preconceito, da violência e da afronta a dignidade da pessoa humana. Neste contexto é que surgem colisões entre os artigos integrantes da Constituição Federal – a Liberdade de Expressão *versus* a Dignidade da Pessoa/e Direitos da Personalidade. O embate entre ambas vem ganhando força nos tribunais.

A grande polêmica está em como prevenir a colisão entre direitos fundamentais e como saber qual precisa prevalecer. O desafio para as ciências jurídicas está em como estabelecer limites preventivos a violações de direitos e como garantir que a resposta judicial venha na mesma velocidade que os danos virtuais.

Apesar da própria Constituição Federal já prever o dever de indenizar por quem pratica abusos no exercício da liberdade de

expressão, e o direito positivado garantir a questão nas esferas Civil e Criminal, houve a necessidade da criação da lei conhecida como Marco Civil da Internet para impor limites e deveres no ambiente virtual.

Embora haja avanços jurídicos na seara tecnológica, ainda existe grande dificuldade de adaptação do comportamento humano para reconhecer os limites no ciberespaço, especialmente nas chamadas mídias digitais. Se tornou um desafio nortear a evolução tecnológica à cidadania e adaptá-la dentro da proteção da pessoa como ser humano, passível de sentir e sofrer quando vê seus valores sendo violentados no campo material ou virtual.

Doutrinadores e estudiosos da área defendem a premissa de que os direitos não podem existir sem deveres. Nesse contexto, é necessário a aplicação de regras próprias, partindo da premissa de uma solução sempre favorável e mais afinada à proteção da dignidade da pessoa humana. É preciso haver uma análise individual de cada caso concreto, mas, a liberdade de expressão e a divulgação da notícia devem levar em conta o caráter de relevância social e importância da publicação para a comunidade.

A livre manifestação do pensamento não pode servir de pretexto para fomentar o ódio, o preconceito, ferir a honra e invadir a privacidade das pessoas. A punição já está estabelecida no Código Civil, no Código Penal, na própria Constituição Federal e na Lei do Marco Civil da Internet. Embora a lei positivada seja vasta para dirimir o assunto, o grande problema é a atuação preventiva e eficaz do judiciário, além da agilidade na punição, que esbarra no moroso sistema judiciário brasileiro.

Há a necessidade urgente de se levar em conta os princípios da razoabilidade, da conscientização e educação dos usuários da rede sob os aspectos jurídicos, prevenindo-se assim violações. É preciso haver autocrítica e autocensura para se estabelecer o limite dos limites, verificando-se o caráter de relevância social de determinadas divulgações, posts e compartilhamentos, garantindo-se sempre a dignidade da pessoa humana, em detrimento a

liberdade de expressão, especialmente em se tratando de conteúdos desprovidos de relevância social.

Referências

ASTURIANO, Gisele. Direito à Imagem na Internet e a Responsabilidade Civil. Birigui, SP: Editora Boreal, 2017. 190 p.

BESSA, Leandro Sousa. Colisões de Direitos Fundamentais: propostas de Solução. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Fortaleza. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 301-302. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2018.

BEZERRA, Juliana. **Liberdade de Expressão.** Data: 19/12/2017. Site Toda Matéria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/>>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988.

CAVALCANTI, Jéssica Belber. Exercício da Liberdade de Expressão nas Redes Sociais. **Liberdade de Constituição na Constituição Federal.** Data: 30/03/2015. Portal do e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-exerc%C3%ADcio-da-liberdade-de-express%C3%A3o-nas-redes-sociais-o>>. Acesso em 10 mai. 2018.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Após primeiro turno das eleições, Twitter tem onda de mensagens preconceituosas.** São Paulo: Editora Globo, 2018, 9 de outubro.

FACEBOOK. **Não é pesquisa, é estatística das urnas. Esse é o resumo do nosso Brasil.** Data: 08/10/2018. Post do Facebook. Disponível em: <<https://www.facebook.com/carlos.ciocci>>. Acesso em 12 out. 2018

FACEBOOK. **Preso assaltando Banco, portando um revólver calibre 38. Só mesmo no Brasil que Bandida tem vez e voz.** Data: 10/10/2018. Post do Facebook. Disponível em: <<https://www.facebook.com/photo.php?fbid=2744519828907059&set=a.536108779748186&type=3&theater>>.

Acesso em 15 out. 2018.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra - Portugal: Coimbra Editora/Rede Virtual de Bibliotecas, 2002, p. 417.

MARES, Chico. **Verificamos: Na ditadura militar, Miriam Leitão não assaltou banco em São Paulo.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2018, edição de 7 de agosto.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000. 141 p. (Temas jurídicos).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUZA, Nuno. **A Liberdade de Imprensa.** Coimbra: Coimbra/Rede Virtual de Bibliotecas, 1984, p. 137.

YAHOO NOTÍCIAS. **Miriam Leitão é alvo de fábrica de notícias no WhatsApp.** Data: 09/10/2018. Site Yahoo. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/miriam-leitao-e-alvo-de-fabrica-de-mentiras-no-whatsapp-021352257.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Os métodos autocompositivos brasileiros e a audiência de conciliação e mediação como forma de viabilizar os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável

*Wallace Leite Nogueira*¹
*Ronaldo Greggo de Moraes*²

1. Introdução

O presente artigo objetiva a análise da viabilização dos direitos humanos e desenvolvimento sustentável com a adoção de métodos autocompositivos no Brasil.

Este trabalho pretende expor de forma breve a vinculação dos direitos humanos, bem como do desenvolvimento sustentável sendo materializados através da adoção de métodos autocompositivos, de forma a apontar uma alternativa a forma de fazer justiça tradicional.

Também será abordada a questão da dispensabilidade da audiência preliminar de conciliação ou mediação, uma vez que, prevê a nova norma – especificamente no artigo 334, parágrafo 4.º, inciso I do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) – a

¹ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Advogado militante e Professor de Direito Empresarial e Prática Empresarial na Faculdade de Americana - FAM. E-mail: wallace.nogueira@aasp.org.br

² Graduando em Direito pela Faculdade de Americana - FAM. Atuou na gestão de contratos regidos pela Lei n.º 8.666/93, por empresa do setor privado e como estagiário pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Santa Bárbara d'Oeste-SP. E-mail: ronagreggo@gmail.com

não realização da sessão solene tão somente se ambas as partes (autor e réu) manifestarem, expressamente, seu desinteresse na composição consensual.

Através do presente estudo, pretende-se verificar as possíveis razões em torno da opção empregada pelo Legislador no dispositivo supracitado, que considerou somente o desinteresse mútuo das partes para dispensa do ato, levando em conta para em tal análise, a tendência mundial de tratamento adequado de conflitos, da qual a Resolução C.N.J. n.º 125/2010 é referência no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

O desenvolvimento da pesquisa deu-se com a coleta de obras doutrinárias através de revisão bibliográfica, bem como a utilização do método dedutivo, adotando-se como Marco Teórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

2. A justiça como pilar do desenvolvimento sustentável

O ser humano para conviver em sociedade deve se sujeitar a uma série de regras, desde regras morais, culturais até as regras jurídicas.

É de longa data que muitos estudiosos analisam os conflitos de interesses entre os seres humanos e suas condutas. Petrônio Calmon tratou em um subcapítulo inteiro acerca da convivência social mediante a regulação, analisando teorias de filósofos como Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau, entre outros, sintetizando acerca do tema que:

Todas essas teorias demonstram uma particularidade em comum: os homens lutam entre si. E sobre esse fato cada um dos filósofos constrói uma solução ou enuncia um problema, mas a inquietude unânime refere-se ao dilema posto a princípio: como chegar à convivência (2015, p. 14).

Proveitosa, nesse sentido, é a forma como o doutrinador ressalta “duas situações distintas ocorrentes nas relações sociais,

uma harmônica e outra de conflito” (2015, p. 15), sendo que a primeira “é a regra, pois a sociedade caminha naturalmente e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões [...]” (CALMON, 2015, p. 15-16).

Sendo assim, leciona que o conflito “é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido” (CALMON, 2015, p. 16).

Indo mais adiante, logo, importante diferenciação se dá quanto aos vocábulos conflito e litígio (ou lide), uma vez que “muitas vezes são utilizados como sinônimos” (CALMON, 2015, p. 18).

Assinala o citado autor que a doutrina “adotou a expressão conflito de interesses para referir-se ao posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem da vida” (2015, p. 17) e que “a lide ocorre quando alguém que tem interesse em um bem da vida exerce sua pretensão sobre esse bem, mas encontra resistência por parte de outrem” (2015, p. 17).

Evidente assim, que as formas de solução destes conflitos de interesses passam a ter importante relevância não apenas para os envolvidos na contenda, mas para toda a sociedade como forma de trazer não apenas a segurança jurídica, mas também a paz social. E neste aspecto é um direito humano ter solução dos litígios de forma justa e eficaz com objetivo da pacificação social.

Para que se possa viabilizar os direitos humanos tais quais previstos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, se faz necessária a adoção pelos Países Membros não apenas adotem seus preceitos em suas legislações internas, mas que possa tornar efetivo com medidas que se adequem às demandas contemporâneas.

O artigo X da referida Declaração trouxe em seu bojo no que tange a aplicação da Justiça:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Assim, o referido dispositivo objetiva que direitos e deveres em conflito sejam decididos por tribunal independente e imparcial, mas não limita estes a mera atuação estatal.

Por outro lado se o Estado é o único pacificador de conflitos e, por qualquer razão, este for limitado, como por exemplo pelo excesso de demanda, irá culminar em um cenário de ineficiência para as partes litigantes.

Evidente que se a busca pela Justiça se faz de forma ineficaz, como por exemplo a demora na prestação jurisdicional há fundado temor de se não fazer justiça, como já preconizado por Rui Barbosa: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (2004, p. 47).

Assim, tendo em vista que o Poder Judiciário brasileiro não cresceu de forma proporcional ao número de demandas, a prestação jurisdicional fica relegada a um momento posterior e muitas vezes acaba por não atingir o objetivo que é dar o bem da vida de forma satisfatória. O Conselho Nacional de Justiça disponibilizou a pesquisa efetuada sobre aumento das demandas judiciais no Brasil (CNJ apresenta a Justiça em número 2018, com dados dos 90 tribunais):

O Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. No entanto, o ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque desde 2009, período computado para série histórica da pesquisa, com variação de 0,3%. Isso significa um incremento de 244 mil casos em relação a 2016.

Outro fator importante é o desenvolvimento dos países de acordo com o previsto na Organização das Nações Unidas (ONU) na medida em que a Justiça, seu acesso e viabilização é um dos pilares fundamentais e está expressamente prevista na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável daquela Entidade.

O crescimento de qualquer nação está ligada ao desenvolvimento, mas não basta que este desenvolvimento seja conquistado a qualquer custo, sendo absolutamente necessário na atualidade que este desenvolvimento seja sustentável, ou seja, ...definição.

Dentre os pilares do desenvolvimento sustentável estão, por exemplo, erradicação da pobreza e da fome, saúde e bem estar, redução das desigualdades, educação de qualidade, igualdade de gênero, água potável e saneamento, energia acessível e limpa, ação contra mudança do global do clima, trabalho decente e crescimento econômico, cidades e comunidades sustentáveis, preservação da vida na água e terrestre e, dentre outros, o da paz, justiça e instituições eficazes (Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável – ONU).

Assim, para que seja sustentável, a justiça deve estar inserida dentro do contexto de inclusão social, econômico e cultural e não isoladamente considerada. Portanto, das diversas formas que uma nação democrática é gerida, a equidade deve estar presente na aplicação da justiça, seja reconhecendo as violações, redistribuindo quando necessário, de forma a garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Seguindo os preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como da possibilidade de haver um crescimento sustentável nos moldes preconizados pela ONU, a Constituição Federal brasileira de 1988 (C.F.) adotou formas de acesso à Justiça a fim de atender não apenas aos jurisdicionados, mas sim às demandas da sociedade, pois sem paz social não há progresso.

2. O acesso à justiça e a Constituição (ART. 5º, XXXV, C.F./88)

Entre os direitos e garantias fundamentais, está previsto no texto do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988,

que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Rothenburg observa que este princípio de acesso à justiça é composto pela universalidade da jurisdição (em que toda demanda pode ser levada ao Poder Judiciário) e o da inafastabilidade da jurisdição (onde este órgão deverá efetuar a prestação jurisdicional de forma adequada, bem como uma garantia diante do Poder Público) (2014, p. 181-182).

No Direito Constitucional Brasileiro, portanto, consagra-se o princípio do acesso à justiça, cuja prematura análise obriga a ressaltar que: “princípio da inafastabilidade de jurisdição é também denominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário [...]” (LENZA, 2017, p. 1173).

O *caput* do art. 3º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), praticamente transcreve o comando constitucional aqui exposto, dispondo que “[...] não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (NERY JR.; NERY, R. M. A., 2016, p. 197).

A Constituição Federal, dada sua soberania de suas normas, deve ter sua interpretação acompanhada das mudanças sociais, refletindo na garantia de uma ordem jurídica justa, o que implica exigir do Poder Público disponibilidade ampla e diversidade de meios para solucionar os conflitos de interesses.

No tocante ao princípio constitucional em tela, não por acaso houve discussão quanto à expressão “acesso ao judiciário”, onde “prefere-se, ainda, segundo a doutrina mais abalizada, a expressão “acesso à ordem jurídica justa” a “acesso à Justiça” ou “ao Judiciário” (LENZA, 2017, p. 1173).

Relacionando-se o acesso à justiça com a tendência e a afirmação da política de tratamento de conflitos, principalmente a partir do século XX, teve origem nos Estados Unidos da América do Norte o sistema denominado *Multidoor Courtroom*³, na qual “[...]”

³ Tribunal Multiportas, em tradução livre.

observa-se uma grande variedade de métodos de trabalho de solução de conflitos [...]” (GUERRERO, 2015, p. 12).

Nesse sentido, a expressão toma por base, portanto, que “cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada [...]” onde, no qual “o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias [...]” (CAHALI, 2014, p. 58).

No Brasil, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução C.N.J. n.º 125, de 29 de novembro, de 2010, consolidou a “implantação do Tribunal Multiportas”, porém, resguardadas as diferenças entre os meios de solução de conflitos fornecidos em território norte-americano e no Brasil, o Poder Judiciário, por outro lado, em ambos os países comumente passa a administrar o conflito, conduzindo para sua melhor solução, ainda que não seja com base na decisão adjudicada (CAHALI, 2014, p. 58).

Por fim, o Código de Processo Civil, de 2015, através dos parágrafos 1º ao 3º, de seu artigo 3º, prevê a arbitragem, na forma da lei; a promoção pelo Estado, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos; e, por fim, a previsão expressa da conciliação e mediação, como outros métodos de solução consensual de conflitos, sem abster de expressamente tratar do dever dos operadores do direito (juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público) quanto ao estímulo da solução consensual.

3. Dos métodos de resolução de conflitos

Originariamente, o exercício arbitrário das próprias razões, denominado autotutela, era a forma mais comum de resolução dos conflitos de interesse pelo homem primitivo. Esta forma não é admitida e sua prática é como tipificada como crime previsto no artigo 345 do Código Penal.

Assim, a vida em sociedade criou uma séria de regras e normas e Francisco José Cahali explica: “[...] o Estado idealizou o monopólio da jurisdição, impedindo, assim, que as próprias partes fizessem uso de suas razões” (2014, p. 41).

Com a evolução da pacificação de conflitos junto à humanidade, chegamos ao que hoje são classificados como meios heterocompositivos e autocompositivos de resolução de conflitos, a serem tratados de forma autônoma ao longo deste estudo, com enfoque dado ao segundo.

Ambos os meios aqui tratados possuem, afinal, o mesmo fim em comum: a restauração da paz social. A característica diferenciadora que enseja a classificação entre heterocomposição e autocomposição, decorre da forma como é promovido a obtenção da solução do conflito, principalmente no que tange à atuação da figura de terceiros envolvidos nessa tarefa.

Destarte, ao tratar da heterocomposição, Francisco José Cahali esclarece sua ocorrência quando:

[...] a resolução do conflito é imposta por um terceiro, com poderes para tanto (magistrado, árbitro etc), daí porque falar-se em solução adjudicada; as partes estarão submetidas à decisão preferida pelo terceiro mesmo se contrária aos seus interesses (2014, p. 41).

Os instrumentos heterocompositivos são, portanto, a própria jurisdição e a arbitragem, caracterizadas como adversariais, na medida em que: “[...] a posição de uma das partes se contrapõe à da outra [...]” (2014, p. 42).

A Jurisdição, como método ordinário de resolução de contendas, é promovida pelo regular processo judicial que se dá perante o Estado, através do Poder Judiciário.

Na arbitragem, também englobada nesta seara heterocompositiva, embora se faça presente um terceiro designado pelas partes, este encontra-se, ao contrário da tarefa de auxiliá-las a

chegarem a um acordo, encarregado pela decisão imposta a disputa entre as partes.

Tendo agora em vista na heterocomposição ser obtida uma decisão impositiva, através de terceiro, passará se expor logo adiante do que se tratam os métodos autocompositivos de solução de controvérsias.

No que tange a autocomposição, Calmon assim define:

A autocomposição é um fenômeno natural e inerente à natureza humana, pois o homem busca espontaneamente a harmonia social mediante salutar convivência, evitando conflitos e compondo os existentes. A solução amigável é sempre tentada, seja em decorrência desse aspecto da natureza humana, seja em virtude da frustração com a atividade estatal (2015, p. 26). [...] Autocomposição é a solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito (2015, p. 47).

Diferentemente da heterocomposição, a atuação do terceiro, seja na figura do conciliador ou mediador, resguardadas suas particularidades, age de forma geral como um facilitador⁴, possibilitando que os próprios envolvidos no que vem sendo discutido possam decidir, ou não, de forma consensual a respeito.

Ausente mostra-se na autocomposição, portanto, o caráter decisivo na atuação do terceiro em determinado conflito que se contorna, devendo este, na verdade, auxiliar as partes para que entre si cheguem a um acordo.

Na autocomposição, o terceiro-facilitadora busca obtê-la “valendo-se de métodos intuitivos ou previamente elaborados por ciências específicas” (CALMON, 2015, p. 26 - 27).

É imprescindível também evidenciar a forma como Francisco José Cahali aborda o assunto:

⁴ Em linhas gerais, trata-se de terceiro preparado tecnicamente para atuar de forma pacífica na gestão do conflito, facilitando a comunicação dos envolvidos, sem anular o protagonismo destes no que tange à obtenção da solução consensual.

O terceiro, quando aqui comparece, funciona como um intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes, instigando a reflexão de cada qual sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que estas, voluntariamente, cheguem a um consenso ou reequilíbrio da relação (2014, p. 43).

No mais, classifica-se unilateral a autocomposição “se manifesta pela renúncia, quando aquele que deduz a pretensão (atacante) dela abre mão, ou pela submissão, quando o atacado abre mão de sua resistência” (CALMON, 2015, p. 48).

Pode ser caracterizada como bilateral “se manifesta pela transação, acordo caracterizado por concessões recíprocas [...]” e, ainda, judicial ou extrajudicial (art. 515, incisos II e III, C.P.C./2015), como também, processual ou pré-processual, sendo anterior a instauração do feito, nesta última (CALMON, 2015, p. 48).

Não obstante, o autor cita que as “principais formas autocompositivas de solução de conflitos são a negociação, a conciliação e a mediação” das quais serão tratadas em capítulo seguinte, após a abordagem dos aspectos históricos dos métodos autocompositivos (CAHALI, 2014, p. 41).

4. Dos mecanismos autocompositivos: negociação, mediação e conciliação

A negociação, primeiramente, torna-se mais fácil de ser distinguida da conciliação e da mediação, na medida que o terceiro se mostra, via de regra, ausente nessa modalidade autocompositiva. Pode ser definida como o “diálogo entre os envolvidos em um conflito sem qualquer participação de terceiros” (CALMON, 2015, p. 102).

Há possibilidade às partes que obtiveram a autocomposição extrajudicial, através da negociação, requerer a homologação do acordo, de forma que este terá validade de título executivo judicial, conforme estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis em seu artigo 57 e pelo Código de Processo Civil em seu artigo 515.

Foge de ser simples, em contrapartida, exercer uma diferenciação tocante a mediação e a conciliação, uma vez que se toma por base, em cada país, as experiências obtidas e observadas nas práticas autocompositivas, de forma que “[...] a terminologia adotada nos diversos países pode e deve ser objeto de estudo, mas jamais poderá ser considerada como critério definitivo para distinção entre mediação e conciliação” (CALMON, 2015, p. 102).

Luís Fernando Guerrero, da mesma forma, estabelece paralelo sobre tais instrumentos, asseverando que: “A diferença fundamental estaria na forma de participação do terceiro em cada um desses métodos” (2014, p. 05).

Nesse sentido, o mesmo autor diferencia as relações unidimensionais e multidimensionais, conceito praticamente adotado pelo Código de Processo⁵:

[...] As relações unidimensionais são aquelas que envolvem interesses pontuais das partes e, salvo a questão litigiosa, elas não terão nenhuma relação envolvendo carga emocional menos acentuada. Já as relações multidimensionais envolvem interesses e valores inter-relacionados, sendo necessária uma verificação das decorrências futuras de eventuais decisões tomadas. [...] É nesse aspecto que a conciliação se relaciona mais com conflitos unidimensionais e a mediação com conflitos multidimensionais (GUERRERO, 2014, p. 05).

Adentrando à conciliação, no Brasil, difunde-se sua recomendação em: “[...] acidentes de trânsito e responsabilidade civil em geral; divergências comerciais entre consumidor e fornecedor de produto, entre clientes e prestadores de serviços etc.” (CAHALI, 2014, p. 44).

Mostra-se consoante, neste sentido, a doutrina quando também leciona que:

⁵ Basta se observar o texto legal empreendido pelo legislador ao diferenciar os casos que se destinam a conciliação ou mediação, no artigo 165, §§ 2º e 3º, do Código de Processo de 2015.

Pela sua natureza, e principalmente por não se investigar, posto que inexistente a relação inter-subjetiva das partes, o desenvolvimento da conciliação mostra-se mais rápido e de menor complexidade em relação à mediação (CAHALI, 2014, p. 44).

O Código de Processo Civil, no artigo 165, parágrafo 2.º, estabelece que a atuação do conciliador será “[...] preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, onde poderá sugerir soluções para o litígio [...]”.

No que concerne à mediação, por sua vez, em nosso país sua indicação diz respeito aos casos que “pressupõe terem as partes em conflito uma relação mais intensa e prolongada, verificando o relacionamento tanto por vínculos pessoais ou jurídicos” (CAHALI, 2014, p. 45).

A doutrina dispõe acerca da atuação do mediador, especificamente, que este “[...] analisa a causa do conflito em sua origem pré-processual e em sua extensão pós-processual, por causa de peculiaridades que fazem as partes permanecerem em situação de litígio (família, vizinhança, realização de negócios diferidos, etc.)” (NERY JR., N.; NERY, R. M. A., 2016, p. 998).

No tocante ao mediador, outrossim, conforme texto do artigo 165, §3º, do Código de Processo Civil depreende-se que:

[...] atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Nesse mesmo norte, expõe-se que: “[...] por lidar com conflitos de âmbito subjetivo/emocional, deve ter consciência de que as próprias partes são as pessoas mais indicadas para encontrar soluções para controvérsia” (NERY JR., N.; NERY, R. M. A., 2016, p. 702).

Os princípios que regem a conciliação e mediação encontram-se no Código de Processo Civil, de 2015, precisamente no

artigo 166, além da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015), no artigo 2º precisamente, e são, entre eles: a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, a busca do consenso, a boa-fé, isonomia entre as partes e da decisão informada.

A eficácia, a efetividade e, principalmente, as vantagens em resolver-se os conflitos pela conciliação ou mediação, evidenciam-se na medida que se cita seus princípios norteadores. Às partes que preferirem essa via de solução é garantido, entre outros inúmeros benefícios, a confidencialidade do procedimento; a obtenção, ou não, da autocomposição mediante livre autonomia de vontade, sem pressão pelo alcance do consenso, garantindo aos envolvidos a liberdade de transigir e expor seus interesses.

5. O Código de Processo Civil atual: audiência de conciliação e mediação

Evoluindo o tema dos meios de solução de conflitos em nosso ordenamento jurídico, passando pela Constituição Federal, de 1988, indo pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099, de 1995) e dada importância da Resolução C.N.J. n.º 125/2010, fora, por fim, com o advento da Lei nº 13.105, de 2015 que se inovou a orientação prática da solução consensual de conflitos dentro da normativa processual.

Destaca-se nesse sentido o que consta da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil atual:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz (BRASIL, 2015, p. 33).

O diploma tratado primou pela duração razoável do processo, da qual “[...] deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só do tempo necessário para se produzir a sentença do processo [...]” (CÂMARA, 2017, p. 08).

O Código de Processo Civil estabelece que o autor indique na petição inicial, seu interesse ou não, pela realização de audiência de conciliação ou mediação (artigos 319, inciso VII, C.P.C./2015) e o réu, por sua vez deve fazê-lo por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (art. 334, § 5.º, C.P.C./2015), devendo, no caso de litisconsórcio, o desinteresse ser manifestado por todos os litisconsortes (art. 334, § 6.º, C.P.C./2015).

Todavia, nota-se com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), prevista pelo artigo 165 do C.P.C./2015, pela Lei nº 13.140/15, art. 24) e Resolução C.N.J. n.º 125/2010, há a realização de audiência prévia de conciliação pré-processual (antes da propositura da inicial – art. 24, Lei nº 13.140/15), em litígios de menor complexidade, e, a realização de audiência mediação processual (após propositura da inicial – antes de ofertada a contestação) nos litígios de maior complexidade. O C.P.C./2015, por sua vez determina que se preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial e se não for acaso de indeferimento liminar, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação, nos termos do disposto no artigo 334, havendo, ainda possibilidade da realização de mais de uma sessão destinada ao mesmo fim, conforme consta do parágrafo segundo do referido artigo.

O termo inicial para contagem do prazo de oferta da contestação (15 dias) pelo réu (art. 335, *caput*, C.P.C./2015), será da data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição, conforme inciso I, do artigo 335, do C.P.C./2015.

Ainda existe a hipótese de ambas as partes manifestarem previamente desinteresse na autocomposição (art. 334, § 4.º, inciso I, C.P.C./2015). Assim, nesta hipótese e quando não for legalmente admitida (art. 334, § 4.º, inciso II, C.P.C./2015) não será realizada a audiência de conciliação ou mediação

Questão relevância não prevista na legislação no que tange a viabilidade ou não da audiência de conciliação ou mediação, mediante a manifestação unilateral de desinteresse na autocomposição.

Dada devida permissão, após toda pesquisa empreendida acerca do tema, somado ao amplo conhecimento de que há na demanda judicial contundente acirramento de animo, incerteza das partes, inquietação e desassossego, muito em função da espera da decisão imposta que há de vir, noutra sentida, tratando-se da audiência de conciliação (pré-processual) ou mediação (antes da oferta da contestação), muda-se o prisma.

Isso porque, não há como os operadores do direito previrem se ocorrerá a celebração, ou não, de acordo em determinado conflito ou lide, com base no que vem sendo demonstrado pelas partes envolvidas antes da ocasião da audiência objetivando a autocomposição, ocasião onde o instrumento será posto em prática.

Prever como infrutífera a tentativa de obter-se a autocomposição, de forma antecipada, não deixaria de ser expressão de enorme descrédito com a atuação do conciliador ou mediador, os quais procuram conduzir as partes à solucionar o problema, sendo que tais profissionais, por lei, deverão ser devidamente capacitados e orientados para desempenho de tal função (vide art. 167, C.P.C./15; art. 11, Lei de Mediação/2015).

Outrossim, importante esclarecer que tange ao conciliador ou mediador, em cada caso, o desenvolvimento de sua função destinada a resolução de um conflito ou litígio determinado, e não, como muito se imagina, a reconciliação entre as partes ou recuperar a relação amistosa entre elas, aspecto que é muito mais amplo que qualquer conflito específico que se discute.

Importante lembrar da autocomposição de caráter unilateral, manifestada pelo autor, quando este abre mão de sua pretensão (renúncia), ou, pelo réu que deixa de resistir à pretensão do autor (submissão).

Se a renúncia e a submissão, cada uma a qual, são espécies de autocomposição alcançadas unilateralmente, sem concessões recíprocas e, principalmente, “sem qualquer exigência, prescinde da concordância da parte contrária” (CALMON, 2015, p. 58), estariam os métodos consensuais aqui estudados, dessa forma, com sua eficácia comprometida se o legislador possibilita-se a dispensa da audiência de conciliação ou mediação, mediante a manifestação unilateral de desinteresse na autocomposição, uma vez que esta pode ser obtida pelo esforço exclusivo de uma das partes apenas, segundo a doutrina.

Seja unilateralmente ou de forma recíproca (transação) a autocomposição, como vimos, a decisão que a homologa constitui título executivo judicial, de forma que, sendo obtida observado os princípios regentes da conciliação e mediação, dispensam as partes o que equivaleria todo um processo cognitivo longo, para certificação, ou não, de determinado direito, prosseguindo-se, todavia, logo para execução de título determinado, onde faz-se presente sua vontade e consentimento, assim como em outro negócio jurídico válido qualquer.

Não obstante, há em nosso país o que Petrônio Calmon considera como uma “[...] certa predisposição para apontar a inconstitucionalidade de eventual lei que obrigue a participação em um dos mecanismos para obtenção da autocomposição para a postulação em juízo” (2015, p. 159).

Variados argumentos já se apresentaram, como ofensa ao princípio do acesso à justiça, desconformidade com o princípio da autonomia de vontade, entre outros.

Mostramos ser rico na doutrina a interpretação do princípio do livre acesso ao Judiciário à luz do sistema denominado como Tribunal Multiportas, necessitando considerar o comando

constitucional de forma contemporânea, implicando no “acesso à ordem jurídica justa e ampla”.

Não há que se conceber, também, como atentatório à autonomia de vontade, impor a parte o comparecimento em audiência, ainda que tão somente, destine-se esta a tentativa de se alcançar uma autocomposição, vez que, por óbvio, não se impõe, no artigo 334, § 4.º, inciso I, do C.P.C./15, a obtenção da autocomposição e a consequente celebração do acordo pelas partes, mas sim a mera presença em sessão destinada à este fim, que somente não será realizada se ambas as partes assim o desejarem expressamente.

Trata-se de imperativo Estatal a solução pacífica dos conflitos, que sobrepõe, e muito, o desejo particular do jurisdicionado de optar pelo método que lhe mais convém. Trata-se da ideia veiculada doutrinariamente de que o Poder Judiciário “tem por natureza ser a *ultima ratio*⁶ e seria natural supor que qualquer pessoa que lhe propõe uma demanda o faz porque não logrou êxito em resolver o conflito [...]” (CALMON, 2015, p. 159).

Portanto, tocante ao princípio da autonomia de vontade, melhor é a interpretação cabível no sentido de assegurar-se presente a livre vontade e consentimento das partes na obtenção, ou não, da autocomposição, assim como é quando da validade de qualquer negócio jurídico.

6. Considerações finais

Através das formas apontadas no estudo de solução de conflitos verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro tem se amoldado através das legislações, mas não limitado a estas, pois também se utiliza de forma interpretativa quando necessário, como a questão da renúncia unilateral a uma forma de autocomposição, que pode ser interpretada no sentido de que seja realizada a

⁶ Expressão de origem no latim, em livre tradução: “última razão” ou “último recurso”.

audiência de tentativa de conciliação ou mediação com a manifestação de apenas uma das partes.

O legislador não trouxe tal limitação na Legislação, ou seja, no sentido de que basta que uma das partes se manifeste negativamente à realização da audiência para que ela não ocorra. Assim, não havendo esta limitação e, ainda, considerando-se que o desinteresse expressamente manifestado por apenas uma das partes, tal comprometeria, por fim, o próprio desenvolvimento da conciliação e da mediação, como seu próprio estímulo e conscientização social, da forma como preceitua o novo código processual.

Assim, os métodos adotados no Brasil, seja de acordo com a legislação pátria, mas também com a atuação do Poder Judiciário verifica-se que ainda que haja um incremento numérico de jurisdicionados, há sustentabilidade na medida em que a aplicação de justiça e busca da paz social tem se modernizado para poder acompanhar as demandas sociais.

Evidente que se está longe do ideal, que seria a justiça célere, mas o objeto do presente estudo foi o de verificar a observância dos direitos humanos no que tange a aplicação da justiça e, pode-se concluir de forma razoável que foram implementadas medidas eficazes no que tange a aplicação da lei bem como a possibilidade de interpretar normas não apenas em prol dos interesses particulares, mas em benefício de toda sociedade quando a justiça é distribuída para atingir a paz social.

Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Campinas: Russel. 2004.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7ª ed. Senado Federal – Brasília, DF. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF. Conselho Nacional de Justiça. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010: Com apontamentos sobre os Projetos de: Reforma da Lei de Arbitragem, Lei de Mediação e Novo Código de Processo Civil.** 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 3.^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 4.^a. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>. Acesso em 14/05/2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 12/05/2019.

GUERRERO, Luis Fernando. **Conciliação e Mediação – Novo CPC e Leis Específicas.** Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 41/2014, p. 19 – 42, Abr-Jun. 2014. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. vol. 6/2014, p. 927 – 938, Setembro. 2014.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil.** (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). São Paulo: Atlas. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 21.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 16.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tema/agenda2030/>. Acesso em 11/05/2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Método. 2014

Responsabilidade civil pela prática do cyberbullying: um estudo necessário sobre os efeitos da sociedade em rede

Ana Letícia Anarelli R. Leonel

Fernanda Torres de A. L. C. Oliveira

Introdução

Ao longo da história, o homem, por ser um animal social, tem criado os mais diversos meios e ferramentas para se comunicar, utilizando-as para expressar o que pensa e o que sente. A comunicação acompanha o desenvolvimento da sociedade e de sua regulamentação. Tanto é assim, que a manifestação do pensamento é digna de proteção constitucional, presente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, IX, que recomenda a liberdade de expressão: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença".

Ao lado da necessidade de comunicação, vê-se que, atualmente, tem-se um processo acelerado de mudanças tecnológicas no tocante a este tema, em virtude da amplitude e da rapidez dos meios atuais e da globalização. O rápido avanço dos telefones celulares e das tecnologias da internet abriu novos e infinitos espaços, determinando a formação de uma sociedade em que o poder da informação passou a desempenhar um papel fundamental para os indivíduos, afetando a vida de milhões de pessoas, especialmente pela denominada Cibercultura.

A expansão tecnológica, e principalmente o acesso facilitado às redes sociais, acarretou em uma disponibilidade elevada de dados pessoais disponíveis aos internautas, bem como o livre acesso a um número grande de pessoas, dificultando o controle dos dados inseridos nesse meio. Desta forma, pode ocorrer a violação do direito à privacidade e dos direitos à honra e à imagem.

O acesso facilitado às tecnologias amplia a liberdade de expressão pelos meios eletrônicos, provocando uma extrapolação dos limites da moral e da ética, utilizando a tecnologia como ferramenta para intimidar e hostilizar outras pessoas. Essa intimidação realizada de modo continuado pela internet caracteriza o cyberbullying.

O trabalho objetiva analisar a responsabilidade civil pela prática do cyberbullying, verificando quem deve responder pela agressão e a forma de reparação do dano.

Para entender a responsabilidade civil ocasionada pelo cyberbullying foi realizada a análise da legislação brasileira, desde a Constituição Federal de 1988, que garante os direitos fundamentais até o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, instituído em 2015, passando pelo Código Civil de 2002 e a Lei 12.965/14, que representa o marco civil da internet.

2. A sociedade da informação e a cibercultura no contexto da sociedade em rede: surgimento de questões específicas como o cyberbullying

A sociedade de informação traz a marca da inovação e instantaneidade na constante mutação social. Os processos tecnológicos surgem e se aperfeiçoam em velocidade acelerada, o que torna difícil acompanhar a capacidade dos avanços que ocorrem simultaneamente e em todas as áreas.

Na verdade, Castells, como referencial no tema, explica que a internet cada vez se trona mais um meio essencial de expressão e organização das expressões, coincidindo numa dada hora e espaço.

Ela provoca impacto em um poder sobre a mente e não sobre o Estado. Apesar de a internet ter sido, conforme destaca Castells (2004), criada sob um desenvolvimento “em terreno seguro”, no ponto de vista do financiamento de fundos públicos e como resultado de um projeto de investigação para o cumprimento e a cultura empreendedora, hoje viaja-se em um campo nem sempre tão consistente, mas muito crescente.

E isso se deve a uma grande difusão ocorrida a partir dos meados do século XX, quando se iniciou a troca da “cultura material” por um novo paradigma tecnológico digital, oriundo de uma revolução da Sociedade da Informação e da Cibercultura. (CASTELLS, 1999). Cibercultura seria o conjunto de técnicas materiais e intelectuais, de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e valores que se desenvolvem junto com o crescimento do ciberespaço.

E o ciberespaço, dentro do processo de interação dos meios de comunicação, inovação tecnológica e transformação social, tem crescido de forma exponencial, especialmente em razão da constante interação dos campos tecnológicos.

Neste contexto de inovação e interação, fenômenos complexos nas relações humanas surgem trazendo consequências devastadoras ao ser humano. Um desses fenômenos é o cyberbullying, consistente num tratamento degradante que uma pessoa promove, repetidamente, em relação à outra, ou outras, especialmente com o intuito de amedrontar, discriminar, machucar, ofender, agredir, através de uma relação desigual de poder, no ambiente de rede: as redes sociais acabam sendo o ambiente propício ao seu desenvolvimento: e-mail, facebook, twitter, youtube, whatsapp, entre outras.

As mídias tecnológicas são agentes deste tipo de “violência virtual” principalmente praticada por jovens, que invadem o ciberespaço para disseminar e agredir outros jovens com palavras e frases que ferem e intimidam o agredido de forma violenta. (SANTOS e BISERRA, 2015, p. 4).

No cyberbullying vê-se uma transposição do ambiente físico e presencial ao ambiente virtual. Mas a questão se agrava quando se vê que alguns aspectos diferem o bullying presencial do cyberbullying, como por exemplo, no caso do bullying virtual, a vítima pode não saber quem é o agressor, pelo fato de a ação de bullying ter sido desencadeada de forma anônima (LIMA, 2001). O fato é que o tema tem assumido contornos bastante dramáticos em nosso país: O Brasil já é o segundo país no ranking mundial em que crianças e adolescentes mais sofrem com cyberbullying, perdendo apenas para a Índia; além disso, a cada dez professores, quatro já ajudaram alunos que vinham sofrendo cyberbullying. Da mesma forma, a jurisprudência vem tratando do assunto com maior frequência (SCHREIBER, 2018).

Tal explanação tem por objetivo apenas contextualizar o leitor para o verdadeiro objetivo deste artigo que traz um início de projeto de pesquisa sobre o tema. A questão é, indiscutivelmente, de extrema importância, mas tendo em vista a impossibilidade física deste trabalho, este artigo tem por objetivo trazer apenas considerações gerais sobre o assunto.

3. Cyberbullying no contexto jurídico

A lei 13.185/2015, que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, define o bullying em seu artigo 1º como

todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (BRASIL, 2015)

Já o parágrafo único do artigo 2º, define que

há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados

peçoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial. (BRASIL, 2015).

Portanto, o termo cyberbullying diz respeito ao tipo de violência praticada contra alguém através da internet ou de outras tecnologias associadas.

Como dito no tópico acima, diferentemente do que ocorre com o bullying tradicional, o cyberbullying permite ataques anônimos (o que encoraja os intimidadores), permanentes, envolve um número elevado de espectadores, podendo ser disponibilizado em todos os lugares do mundo. Tudo isso torna mais grave a violência sofrida pela vítima, trazendo repercussões negativas irreparáveis.

Segundo Jahnke e Gaglietti (2012), o cyberbullying apresenta particularidades que o diferem de agressões presenciais, diretas e interessantemente o torna um fenômeno que nos parece ainda mais cruel, pois, ao contrário do assédio presencial, não há necessidade das agressões se repetirem. O assédio se abre a mais pessoas rapidamente devido à velocidade de propagação de informações nos meios virtuais, invadindo os ambientes de privacidade e segurança.

De acordo com Rossato (2017), a vítima se caracteriza justamente por fugir dos padrões físicos ou comportamentais vigentes em um determinado local e momento histórico e tem dificuldades para se socializar com os seus pares. A partir da vitimização pelo bullying, o intimidado tende a se isolar e desenvolver síndromes e distúrbios, tais como a depressão, a bulimia, a anorexia e a síndrome do pânico. Em casos extremos acabam por cometerem suicídio.

Para Cohen (2017), a sociedade do futuro será composta por crianças que se sujeitam aos comportamentos que o bullying e o cyberbullying provocam, na qualidade de agressoras, vítimas e espectadoras. Essas pessoas chegarão à vida adulta com uma tolerância alta a injustiças, imersas em uma banalização da violência e da falta de solidariedade e transmitirão esses valores para as crianças futuras, tornando a situação um odioso ciclo de difícil superação.

O Direito deve interferir quando a questão choca com a dignidade da pessoa humana. Ainda que não o faça de forma específica sobre o tema, é possível se afirmar que a matéria já encontra proteção legal.

A Constituição Federal assegura a liberdade de pensamento como um direito fundamental, da mesma forma que torna inviolável a honra e a imagem das pessoas. Apesar dos direitos fundamentais terem aplicação e eficácia imediata, quando há conflitos entre tais dispositivos, recomenda-se haver um sopesamento, que não consiste em dizer que esse ou aquele direito deve prevalecer sobre o outro. O tema de conflito aparente de direitos fundamentais não é objeto deste trabalho, mas convém que não se passe pelo assunto de forma equivocada¹.

¹ “No conflito, haverá a situação em que dois princípios, se forem aplicados de forma independente, geram soluções jurídicas distintas, ou seja, por um princípio algo está proibido e, por outro, a mesma conduta é permitida (ENGELMANN, 2001). Diante do caráter limitado e relativo dos direitos fundamentais, bem como da possibilidade constante de colisão entre os mesmos em casos concretos, mostra-se indispensável à existência de uma técnica alternativa, maleável, para dar conta de toda a complexidade do fenômeno constitucional que, nem por isso, é subjetivista (SARMENTO, 2003). Quando há conflito de normas jurídicas infraconstitucionais, resolve-se através dos critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e da especialidade (BARROSO; BARCELLOS, 2006). Tais técnicas, no entanto, não poderão ser utilizadas diante de conflito de princípios constitucionais. Por vezes, o próprio princípio traz limitações no seu conteúdo, como é o caso do inciso VI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” (BRASIL, 2014). Por um lado, é reservado o direito a manifestar ideias e pensamentos livremente. No entanto, tal direito somente pode ser exercido se for identificada a fonte, porque, outras pessoas terão o direito de saber de onde partiu tal declaração, pensamento ou ideia. Nesse caso, por ser bem claro o limite exposto pelo direito, não há necessidade de se partir para a ponderação, porque sua restrição já está exposta. Não existe colisão quando alguém manifesta o seu pensamento de forma sigilosa e outra pessoa exige saber de quem partiu a declaração. É o direito de manifestação de uma parte e o direito de informação de outra, mas a própria norma já trouxe os seus limites definidos. Os limites imanescentes foram transpostos. Mas se for verificada uma colisão entre direitos fundamentais no âmbito dos limites imanescentes, porque as normas se contêm no interior de tais limites, se não for possível harmonizá-las, o intérprete passará à ponderação de interesses. A partir de então, diante do caso concreto, deve haver “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando atingir um ponto ótimo, com a restrição mínima indispensável para a convivência com o outro princípio (SARMENTO, 2003). Portanto, quando ocorre tal colisão de princípios, diferentemente do que acontece com o conflito de regras, o princípio desprezado não será declarado inválido e nem haverá cláusula de exceção: aplicar-se-á uma solução na dimensão do peso dos princípios. “Nesse contexto, a decisão sobre o valor e a importância dos princípios deve ser aferida a partir das circunstâncias reais da situação” (ENGELMANN, 2001, p. 127). De acordo com a unidade da Constituição, não se pode dizer que um princípio é mais forte que o outro, mesmo porque todas as normas fundamentais estão no mesmo nível hierárquico”. (LEONEL, 2016, p. 140-2)

Como se vê, o cyberbullying, ao contrário do bullying tradicional, (a) permite ataques anônimos; (b) é indelével e, portanto, permanente; (c) desconhece limites espaciais; e (d) pode envolver um número significativamente maior de expectadores, sendo certo que todas essas características agravam imensamente a violência psicossocial sofrida pela vítima. (SHEREIBER, 2018).

Isso tudo aumenta a justificativa de que o Direito deve olhar com cautela para tal prática. E, como dito, a Lei 13.185/2015 já tratou de mencionar a preocupação com a questão. Mas não há necessidade de se invocar apenas este dispositivo legal para a questão.

Nos termos do Código Civil Brasileiro, todo dano causado por um ato, seja ele lícito ou não, gera, conseqüentemente, o dever de reparar o dano causado. Destarte, apesar de ser garantida a liberdade de expressão, caso esta cause dano a outra pessoa, é responsabilidade do causador repará-lo.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 define que comete ato ilícito "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral". Já o artigo 927 deste Código trata da obrigação de indenizar: "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". No caso do incapaz, o artigo 927 do CC/2002, relata que: "o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes".

Como visto, a responsabilização civil pode existir até mesmo quando o ato foi cometido pelo incapaz. Ela recairá sobre os representantes legais dos pais do agressor, quando este for menor de idade, com base no artigo 932, inciso I, do Código Civil: "São também responsáveis pela reparação civil: os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia". Aliás, já há notícias de que a mãe de um menor de idade que criou página na internet com o intuito de ofender colega de classe, foi

condenada a pagar indenização por danos morais no valor de cinco mil reais, corrigidos monetariamente².

Por ser a responsabilidade civil um fenômeno social, um dos principais pressupostos desta responsabilidade, no entanto, é a existência denexo causal entre o ato e o dano por ele produzido.

E mesmo porque é um ato social, Pinheiro (2016) defende que a responsabilidade civil é um instituto em transformação no contexto da sociedade digital, visto que estão sendo redefinidos os valores que devem prevalecer e ser protegidos em um contexto de relações cada vez mais não presenciais, independente do local de origem das partes, tendo em vista que a Internet é um território global e atemporal.

Ainda segundo Pinheiro (2016), enquanto o direito tradicional adota as teorias da culpa (para que exista a obrigação de reparar o dano, é necessário que haja culpa) e do risco (obriga o responsável a indenizar meramente pela ocorrência do fato) para conceituar Responsabilidade Civil, para o Direito Digital a teoria do risco tem maior aplicabilidade, sendo a culpa um elemento indispensável, em virtude do princípio do equilíbrio de interesses e genérica equidade.

Quanto à responsabilidade solidária dos provedores e mantenedores de conexão e aplicação, ou o local virtual onde o dano ocorreu, nos termos do denominado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) exclui-se completamente a responsabilidade dos

² O caso ocorreu no Rio Grande do Sul, e a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado manteve a condenação proferida em primeira instância. “O autor ajuizou ação de indenização na Comarca de Carazinho alegando que fotos suas foram copiadas e alteradas, dando origem a um fotolog (espécie de diário fotográfico) criado em seu nome e hospedado na página do provedor de internet Terra Networks Brasil S.A.. Na página, foram postadas mensagens levianas e ofensivas, nas quais ele era chamado de veado, p..., filho da p. e corno. Além disso, foram feitas montagens fotográficas nas quais o autor aparece ora com chifres, ora com o rosto ligado a um corpo de mulher. Segundo ele, após muita insistência e denúncias por mais de um mês, o provedor cancelou o fotolog. Na sequência, o autor começou a receber e-mails com conteúdo ofensivo, razão pela qual providenciou registro de ocorrência policial e ingressou com ação cautelar para que o provedor fornecesse dados sobre a identidade do proprietário do computador de onde as mensagens foram postadas, chegando ao nome da mãe de um colega de classe. Os fatos ocorreram enquanto o autor ainda era adolescente e, segundo ele, foram muito prejudiciais, havendo necessidade de recorrer a auxílio psicológico. Por essas razões, sustentou que a mãe do criador da página deveria ser responsabilizada já que as mensagens partiram de seu computador, bem como o provedor, por permitir a divulgação do fotolog”. (JUSBRASIL, 2010).

provedores de conexão e afasta a responsabilidade solidária dos provedores de aplicação, incorrendo em responsabilidade subsidiária, somente quando, após ciência por ordem judicial, manter-se omissos ou inertes. Sendo assim, para afastar sua responsabilidade perante terceiros, os provedores de conteúdo devem se resguardar para poder identificar o responsável pelo ato ilícito, conforme previsto no artigo 14 da referida Lei:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Por envolver, grande parte das vezes, menores de idade, é fundamental agir rápido para retirada do conteúdo ofensivo e vexatório do ar. Essa, também, é uma forma de se evitar a extensão do dano que o *cyberbullying* pode gerar. Não se desconhece a controvérsia acerca da questão, especialmente quando o agressor é menor de idade e pratica o ato contra outro menor³. Ainda assim, tal conduta não pode ser solenemente ignorada pela justiça.

Considerações finais

Frise-se que esta pesquisa não tem por objetivo o esgotamento do tema, mas apenas algumas linhas preliminares

³ “Embora essa posição seja tranquila em nossa jurisprudência, na prática, já se chegou a afirmar que essa espécie de ação faz com que o *cyberbullying* arruíne a vida não de uma criança, mas sim de duas. O agressor, também menor, acaba muitas vezes condenado, mas o dinheiro, num país em que, como Brasil, as indenizações são muito baixas, acaba não servindo de efetiva compensação pelo mal sofrido e a condenação acaba tendo pouco efeito no combate ao *cyberbullying*. Para piorar, os casos correm normalmente em segredo de justiça e os autores da demanda não querem divulgar as condenações para não aumentar a exposição em torno do filho que foi vítima do *cyberbullying*. Assim, ao contrário do que acontece em muitos setores da responsabilidade civil, as indenizações acabando não tendo um efeito de *deterrence*, de desincentivo à prática da conduta lesiva” (SCHEREIBER, 2018).

sobre a questão. Assim, a título de considerações finais, as autoras sugerem, desde já, uma pesquisa aprofundada e multidisciplinar da questão, envolvendo o Direito, a Psicologia, a Sociologia, Antropologia e Educação, especialmente.

Mesmo porque o cyberbullying está presente na sociedade, principalmente na vida dos jovens, sejam eles vítimas, agressores ou meros espectadores. A responsabilização civil, no entanto, também é uma realidade no contexto brasileiro e pode ser aplicada aos agressores para minimizar o sofrimento alheio e servir com o intuito repressivo e preventivo. Para isso, a vítima deverá, de forma mais razoável e eficaz, buscar através do Poder Judiciário a reparação do dano que sofreu, assim como a retirada imediata do conteúdo ofensivo do ar.

Embora seja incapaz de corrigir a extensão dos danos por completo, tendo em vista que o dano causado é de natureza não patrimonial dos direitos envolvidos (honra, dignidade, personalidade), a indenização pecuniária é uma forma de minorar o sofrimento do agredido. Desta forma, além da reparação do dano e repressão ao ilícito, deve-se pensar em alternativas preventivas, que preservem o sentido e a integridade do direito.

Referências

BRASIL, LEI 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL, LEI 13.185, de 06 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 27 de abril de 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede - A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. V. 1. Roneide Venancio Majer (trad). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A GALÁXIA INTERNET: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Rita Espanha (trad). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

COHEN, Fernanda. **Agressões à pessoa em desenvolvimento: o problema do bullying escolar**, Rio de Janeiro: UERJ, (Dissertação de Mestrado), 2017, p. 11.

JAHNKE, Letícia Thomasi; GAGLIETTI, Mauro. O avanço tecnológico e os conflitos comportamentais nas redes sociais – o cyberbullying. In: **Mídias e Direitos da Sociedade em Rede**. UFSM, Santa Maria, 2012. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=40&ved=0CGMQFjAJOB4&url=http%3A%2F%2Fwww.ufsm.br%2Fcongressodireito>. Acesso em 12 mai.19.

JUSBRASIL, 2010. **Mãe condenada por cyberbullying praticado por filho adolescente**. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2263024/mae-condenada-por-cyberbullying-praticado-por-filho-adolescente>. Acesso em 15 mai. 19.

LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: constitucionalizando o contrato na socialização do Direito e a (in)suficiente análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal**. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.

LIMA, Ana Maria Albuquerque. **Cyberbullying e outros riscos da Internet: despertando a atenção de pais e professores**. Rio de Janeiro. Wak Editora, 2011.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital** – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo** – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

SANTOS, Sylvania da Silva; BISERRA, Ingrid Karla Cruz. **Cyberbullying: ‘inimigo’ virtual na historia do tempo presente**. In: II CONEDU (2015), Campina Grande. Anais CONEDU. Campina Grande: Editora Realize, 2015, v. 2, p. 1-8.

SCHREIBER, Anderson. **Cyberbullying: Responsabilidade Civil e Efeitos na Família**. In Gen Jurídico, 2018. Disponível em http://genjuridico.com.br/2018/10/11/cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/#_ftn1. Acesso em 15 mai.19.

**Sobre a identidade do direito penal
e do direito sancionador:
uma breve análise da posse de munição desacompanhada
de arma de fogo nos tribunais superiores**

Juliano de Oliveira Leonel
Marcus Vinícius do Nascimento Lima

Introdução

Tem-se discutido, no âmbito acadêmico, se a posse de munição desacompanhada de arma de fogo configuraria um ilícito penal de perigo abstrato ou se pela falta de ofensividade a conduta seria atípica.

Assim, levando-se em consideração duas decisões dos Tribunais Superiores, uma do STJ e outra do STF, bem como a doutrina, tem-se o problema de pesquisa: em que medida é legítima a tutela penal levada a cabo pelo Estatuto do Desarmamento, no que tange a posse de munição e, neste contexto, qual a fronteira entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa será a difícil reflexão sobre a própria identidade do direito penal em espaços de juridicidade amplamente dominado pela indiferença, a fim de se considerar a distinção entre as ilicitudes penal e administrativa, sob a ótica estrita do conteúdo material do ilícito e, em especial, verificar se a posse de munição desacompanhada de arma de fogo poderia ser objeto de proibição penal.

Para alcançar as considerações finais do trabalho, propõe-se trabalhar, num primeiro momento, as noções básicas dos elementos para uma distinção material entre os ilícitos penal e administrativo. Após, averiguar-se-á, de forma breve, a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. E, por fim, se colacionará duas paradigmáticas decisões dos Tribunais Superiores sobre a posse de munição desacompanhada de arma de fogo, aonde se reconheceu a sua manifesta atipicidade pela falta de ofensividade.

No artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia.

1. Considerações sobre violência, crime, direito penal e direito sancionador: um breve intróito dos elementos para uma distinção entre os ilícitos penais e administrativos

Para Gauer (1999, p.13), a violência é um fato complexo, que decorre de fatores biopsicossociais, sendo “um elemento estrutural, intrínseco ao fato social (...). Esse fenômeno, aliás, aparece em todas as sociedades; faz parte, portanto, de qualquer civilização ou grupo humano (...)”.

Ademais, segundo Beck (2011), os riscos existiram em todas as sociedades humanas. Nas sociedades pré-industriais os riscos revestiam-se das formas naturais (enchentes, secas, terremotos etc). Já nas sociedades industriais clássicas, os riscos passaram a depender das ações humanas e das forças sociais (perigo no trabalho, penúria etc), mas os seus efeitos devastadores se davam a nível local e pessoal. Assim, os riscos e azares podiam ser previstos e sua ocorrência calculada, o que gerou a crença na existência de um Estado Segurança.

Por óbvio que o mundo é feito de mudanças e que o tempo deixa a sua marca, mas como observa D’Ávila (2012, p. 273) “é

igualmente certo que o tempo em que vivemos denota um conjunto incomum de transformações, muitas vezes caracterizado como sociedade de risco, sociedade do consumo, sociedade da informação, ou ainda, simplesmente, pós-modernidade (...).”

Assim, na atualidade, precisa-se entender que os riscos não estão mais limitados no tempo e no espaço, sendo marcados pela glocalidade (são locais e globais ao mesmo tempo) assumindo até mesmo efeitos transgeracionais. Portanto, os riscos a que estamos sujeitos não podem ser previstos e calculados, sendo que os meios de que dispomos, a nível político e institucional, para combatê-los são tão deploráveis, que a fina capa da tranqüilidade e normalidade é constantemente rasgada pelos perigos inevitáveis, evidenciando que vivemos num Estado Insegurança e inseridos na mais completa epistemologia da incerteza.

Nesse sentido, Lopes Jr (2012) adverte que os riscos e as inseguranças estão em tudo e em todos os lugares, sendo que as pessoas desejam segurança em relação a algo que sempre existiu e sempre existirá: Violência e Crime. Com isso, não se está querendo defender que as sociedades humanas não necessitem de controles sociais, pois, para Mayrink da Costa (2010, p. 246) “Nenhuma sociedade humana pode permitir todos os tipos de comportamento humano”.

Óbvio, portanto, que controles sociais são necessários em todas as sociedades, mas o grande problema, segundo Zaffaroni (2012, p. 33), é o lema político do momento: “(...) pretender que todos os conflitos sociais podem ser resolvidos mediante o poder punitivo. Mais fácil que resolver os conflitos é tipificá-los”.

Como bem destaca Mayrink da Costa (2010, p. 249), “o crime não é encontrado somente na maioria das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos”, advertindo que “Não existe nenhuma sociedade em que não haja alguma forma de criminalidade”¹. Por outro lado, não se pode negar,

¹Durkheim sustenta que o delito existe em todos os estratos sociais, e, se caracteriza como normal à existência da criminalidade, observado cada tipo social. Assim, sublinha que o delito é normal, pois

como leciona Zaffaroni (2012, p. 33), que “o delito, porém, é um conceito jurídico e, portanto, deriva de decisões políticas que criminalizam e descriminalizam diferentes condutas”, assim como, destaca o autor (p. 37), que “a sanção de uma lei é um ato político” também.

No entanto, ressalta D’Ávila (2012, p. 274) que “o surgimento de novas áreas de interesse social, como o meio ambiente, a genética, a informática e a economia, muitas vezes associado ao fenômeno da globalização e da transnacionalização dos fatos sociais (...)” fez com que se inaugurassem novos espaços de regulação jurídica, “para os quais o Estado se vale também do direito penal como instrumento de solução de conflitos”, com uma conseqüente expansão do direito penal.

E, dentro desse cenário acima descrito, de risco, violência, criminalidade², é claro que não se desconhece que a ânsia pela ordem faz parte das sociedades, sejam elas regidas por regimes democráticos ou totalitários. Porém, há que se reconhecer, conforme os ensinamentos de Gauer, o fato dessa política ser muito mais violenta nos estados de exceção³, nos quais aqueles etiquetados como inimigos devem, prioritariamente, ser eliminados (ou

seria impossível uma sociedade que se mostrasse isenta, ou seja, ele é parte integrante da sociedade. Emile Durkheim. *La educación moral*, Buenos Aires, Lousada, 2004.

² A partir de Khaled Jr (2018, p. 198 e 199), não se ignora que “uma vez estabelecida uma cultura de consumo, tudo pode se tornar mercadoria: o crime pode se tornar uma opção do consumidor. Com isso, a transgressão passa a ser uma atividade de lazer, como fazer compras, ir ao cinema ou assistir a esportes” e que “os pânicos morais se desenvolvem de forma mais complexa hoje em dia do que quando Stanley Cohen elaborou o conceito, na década de 1970” (Videogame e Violência. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018).

³ Para Agamben (2004, p.11), “A contigüidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *PolitischeTheologie*(Schmitt, 1922). Embora sua famosa definição do soberano como “aquele que decide sobre o estado de exceção” tenha sido amplamente comentada e discutida, ainda hoje, contudo, falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como *quaestio facti* do que como genuíno problema jurídico. Não só a legitimidade de tal teoria é negada pelos autores que, retomando a antiga máxima de que *necessitas legem non habet*, afirmam que o estado de necessidade, sobre o qual se baseia a exceção, não pode ter forma jurídica; mas a própria definição do termo tornou-se difícil por situar-se no limite entre a política e o direito. Agamben, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

segregados). Nesses regimes totalitários⁴, estabeleceram-se políticas públicas dedicadas a velar pelo corpo da população, “limpando” a sociedade e “assim protegendo e ordenando a vida pública e privada” por meio da inclusão de uns e da exclusão de muitos⁵.

Inserido nessa realidade não se está a defender a abolição do direito penal, todo o contrário, mas, por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se estabelecer os limites de atuação do direito penal e a sua fronteira com o direito administrativo sancionador, pois, como destaca D’Ávila (2008, p. 120):

A falta de cuidado com que avançou, e ainda avança, o legislador ordinário nos novos espaços de intervenção jurídico-penal, especialmente, embora não só, o legislador brasileiro, reflete uma afoiteza que se traduz, em muitos momentos e de forma até mesmo irremediável, em profunda irresponsabilidade não só para com garantias fundamentais, mas, inclusive, para com o próprio objeto a que se destina a tutela penal. Que o âmbito de regulamentação do direito penal secundário, quer em suas relações, quer em seu objeto, é, por si só, significativamente mais complexo que o tradicional e, por isso, mais suscetível a desvios e equívocos tanto político-criminais, como dogmáticos, é inquestionável.

Por isso, ainda de acordo com D’Ávila (2008, p. 121), tais equívocos, na prática, “têm resultado em legislações dotadas de um profundo e já inaceitável déficit de racionalidade, temporizado, às vezes, com recursos hermenêutico-aplicativos (...)”, remetendo-nos a um “insustentável grupo de legislações penais meramente simbólicas”.

⁴ Como destaca Agamben (2004, p. 13), “O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”. In obra já citada.

⁵ GAUER, Ruth M. Chittó. A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança. **RBCCRIM – Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.17, n.76, p. 312-333, jan./fev. 2009, p. 329.

Logo, neste contexto, um refletir, ainda que breve, sobre a fronteira entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, é necessário, a fim de se fazer, sob a perspectiva do conteúdo material do ilícito, a distinção entre as ilicitudes penal e administrativa.

De acordo com Figueiredo Dias (2004, p. 151), “todo ilícito ofende um ‘bem’ juridicamente protegido”, ou seja, tanto no ilícito administrativo quanto no ilícito penal temos, em alguma medida, uma ofensa a bem jurídico.⁶ No entanto, isso não significa que não seja possível perceber uma diferença entre eles, pois de acordo com Faria Costa (1992, p. 464) a dignidade penal, sustentada por uma valoração ético-social, surge como pedra angular da distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Assim, Figueiredo Dias (2004, p. 150-151) propõe uma distinção material, já que, no ilícito penal, o bem jurídico tem existência independente da proibição, ou seja, antes mesmo da consideração legislativa já haveria condutas que são axiológico-socialmente relevantes. Por outro lado, haveria condutas axiológico-socialmente neutras (as quais não correspondem um mais amplo desvalor moral, cultural ou social) e que o desvalor ético-social só é alcançado após a proibição legal.

Dessa maneira, percebe-se que, no ilícito penal, segundo D’Ávila (2008, P. 127), o bem jurídico tem existência mesmo antes da tutela penal, enquanto no direito administrativo sancionador o bem jurídico “perfaz-se apenas quando a conduta se conexas com a proibição legal”.

Portanto, para Faria Costa (1992), a partir de um olhar da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, haveria relações normativas de primeiro e segundo graus. Enquanto, em um primeiro grau, ter-se-ia o direito penal (relação de cuidado com a

⁶Imaginemos a ingestão de bebida alcohólica, na direção de veículo automotor, no Brasil. A ingestão de qualquer quantidade já configura um ilícito administrativo, mas se a concentração de álcool for igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, teremos um ilícito penal.

vida, integridade física etc), no segundo grau se encontraria o direito administrativo sancionador (relação de cuidado para com o correto funcionamento viário, marítimo e aéreo, a manutenção da transparência e fluidez das relações econômicas etc).

Enfim, como sustenta D'Ávila, os bens jurídico-penais não são criados pelo direito, mas apenas reconhecidos. Assim, a difícil tarefa do direito penal não está na sua produção, mas no seu adequado reconhecimento.

Em síntese, percebe-se que a partir da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, mostra-se possível uma melhor compreensão do espaço fronteiro entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, sem a pretensão de excluir outros critérios adicionais de distinção, como por exemplo, o quantitativo.

2. Da ofensividade em direito penal

Além da noção acima exposta, a partir do critério material proposto por Figueiredo Dias e Faria Costa, é possível o adensamento da *quaestio* através da noção de ofensa a bens jurídico-penais, pois de acordo com D'Ávila (2008, p. 128) “a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal ganha contornos próprios a partir do olhar interessado do direito penal”.

Assim, não interessa tanto aquilo que o ilícito administrativo pode constituir, segundo D'Ávila (2008, p. 128), mas sim “aquilo que o ilícito penal possui de particular é que, ao nosso sentir, confere a grande valia da discussão nos dias de hoje, quer em âmbito dogmático, quer em âmbito político-criminal”.

A concepção ontológica do direito penal, neste contexto, mostra-se imprescindível, porque ela é concebida como um modelo de crime como ofensa a bens-jurídicos penais e, assim, torna a noção de resultado jurídico como a pedra angular do ilícito-típico. Aliás, nesse sentido, leciona D'Ávila (2009, p. 57), ao afirmar que “A compreensão do crime como ofensa a bens jurídico-penais, como dano ou perigo a bens dotados de dignidade penal (...), é, em

verdade, um horizonte compreensivo”, que se não observado levará, como levado tem, “a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relação aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia”.

Dessa forma, tem-se uma premissa da qual não se pode abrir mão num Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, tolerante e comprometido com a dignidade da pessoa humana: não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal.

Por conseguinte, na esteira de D’Ávila (2009, p. 69-70), constata-se que “A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional”, existindo, dessa maneira, um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito, pois é “exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária”, o que significa dizer que “toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador”.

Em assim sendo, afigura-se claro que a delimitação da dignidade penal a partir de um critério material, ou seja, a simples delimitação da possível matéria de incriminação pouco tem a dizer sobre a alegada incapacidade crítica do conceito de bem jurídico no alargamento do campo de intervenção penal. A título de exemplo, não se nega o acerto e a legitimidade da tutela penal realizada no espectro do Estatuto do Desarmamento, mas questiona-se: todos os tipos lá previstos, com a elasticidade observada, comportariam uma legítima proteção penal?

Com isso, não está questionando-se a legitimidade do bem jurídico protegido e sim a amplitude da tutela oferecida e as técnicas de sua implementação.

Dessa forma, cumpre destacar a insuficiência de uma compreensão da teoria do bem jurídico a um primeiro nível de

valoração, colocando de forma manifesta a necessidade de reconhecimento de um segundo nível, a partir de uma busca do resgate da validade jurídico-penal da proibição –, qual seja a relação de ofensividade.

Nesse sentido, as lições de D'Ávila (2009, p. 76), evidenciam tal realidade, já que, “Em uma compreensão onto-antropológica do direito penal, construída a partir do ilícito, e não, certamente, da pena, apreende-se a ofensividade como ressonância normativa de uma oscilação jurídico-penalmente desvaliosa da relação matricial de cuidado-de-perigo”. Nota-se, portanto, que essa relação matricial de cuidado-de-perigo, de cuidado do eu para com o outro e do eu para comigo mesmo, é formada indiretamente pela noção de ofensividade. Desse modo, de acordo o autor “A ofensividade torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados”.

Disso se extrai que, o ilícito penal é erigido a partir do desvalor do resultado, isto é, da ofensa a bens jurídicos. Por conseguinte, o bem jurídico-penal assume a posição de pedra angular do ilícito penal, sendo que o ilícito-típico nada mais é do que “a forma de captação pelo direito penal das oscilações especialmente desvaliosas da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que são apreendidas e expressadas através de diferentes formas de ofensa” (D'AVILA, 2009, p. 76-77).

Logo, a partir de D'Ávila (2009, p. 77), se conclui que “A ofensividade é, portanto, resultado de um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito, muito embora distante de ser o único”.

Cumprе ressalvar que, ao se admitir a necessária restrição do ilícito penal às hipóteses de efetiva ofensa a bens jurídicos, não se está a defender que só existiriam crimes de dano ou de perigo concreto. Na verdade, como afirma Faria Costa (1992) há muitas

formas de ofensa, que podem ser reunidas nos crimes de dano (dano/violação), mas também no perigo/violação, subdividido na ofensa de concreto pôr-em-perigo e na ofensa de cuidado-de-perigo, presentes, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato.

Entretanto, como adverte D'Ávila (2009, p. 78), “Devemos observar, por conseguinte, que os crimes de perigo abstrato são, também eles, suscetíveis de recuperação hermenêutica, não constituindo uma categoria necessariamente desprovida de ofensividade”.

Não por outra razão, D'Ávila (2005, p. 161-162) leciona que:

Isso equivale a dizer que, nos crimes de perigo abstrato, o bem jurídico continua sendo a categoria normativa sobre a qual e para a qual é erigido o ilícito-típico. Ocorre que, diferentemente do concreto pôr-em-perigo – no qual é necessário que um concreto e determinado bem jurídico tenha sofrido uma efetiva afetação em sua normativa intencionalidade –, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com a mera inferência na esfera de manifestação do bem jurídico – aqui, não mais concretamente presente na relação de perigo –, de forma a retirar deste a tranqüilidade de sua expressão. Tranqüilidade essa que, a nosso ver, traduz satisfatoriamente os elementos necessários para a manutenção da referida tensão primitiva da relação de cuidado-de-perigo. Ou seja, a existência de um concreto bem jurídico é dispensável para o ilícito-típico de perigo abstrato, pelo simples fato de que esta categoria de crime busca, como instrumento de ampla proteção do bem jurídico, proteger o campo de atuação desse mesmo bem jurídico.

Dessa maneira, como no Estatuto do Desarmamento existem vários tipos penais que configuram crime de perigo abstrato, a questão que se coloca é: a posse de munição desacompanhada de arma de fogo é dotada de ofensividade, que lhe daria a dignidade penal necessária? Para D'Ávila (2005, p. 164) o “resultado nos crimes de perigo abstrato consiste na criação de uma situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico, ou seja, um

resultado acentuadamente normativo (...), mas “nem por isso, menos representativo de uma concreta situação de desvalor”.

Logo, para que haja a possibilidade de um crime de perigo abstrato, necessário se faz a constatação de elementos indicativos da ocorrência de um desvalor de cuidado-de-perigo, isto é, da ocorrência de uma alteração na tensão ideal da relação de cuidado-de-perigo. Dessa forma, estão fora de cogitação todas as hipóteses em que a lesão ao bem jurídico se torne impossível, eis que, se assim é, não há que se falar em cuidado-de-perigo.

3. A atipicidade da posse de munição desacompanhada da arma de fogo no STJ e STF

Por óbvio que a matéria não está pacificada nos Tribunais Superiores, mas em algumas oportunidades os Tribunais Superiores já decidiram que a posse de munição desacompanhada da arma de fogo é conduta atípica, por não estar presente a necessária ofensividade que daria dignidade penal à tutela do bem jurídico.

Cumpre destacar que, o Supremo Tribunal Federal reputa constitucionalmente legítima a norma de direito penal que define os crimes de perigo meramente abstrato, como se extrai das decisões do HC n. 96.759/CE, HC n. 104.410/RS e RHC n. 116.280/ES.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 149.450, de relatoria do Min. Celso de Mello, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (HC n. 401.456), absolveu o paciente quanto ao delito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, pela ausência de ofensividade.

O paciente havia sido condenado por manter sob sua guarda, no dia 31.05.2016, no interior de sua residência, uma munição de festim de fuzil 7.62, marca CBC, sem autorização e em desacordo com o Estatuto do Desarmamento. No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ficou assentado no acórdão, de lavra do Min. Celso de Mello que:

Com efeito, não vislumbro, na conduta do paciente, configuração típica, pois seu comportamento mostrou-se destituído de potencialidade lesiva, eis que a única munição apreendida, além de não ser real (era de festim), achava-se guardada no interior de seu quarto, sem qualquer possibilidade de acesso imediato, por parte de referido paciente, a uma arma de fogo (fuzil, no caso). Tenho para mim, desse modo, que, desse comportamento, não resultou qualquer evento penalmente relevante, pois a situação imputável ao autor do fato nem caracterizou nem deu causa à instauração de um estado de risco relevante e proibido. Entendo, presente o contexto em referência, inexistir tipicidade penal que guarde pertinência com o comportamento daquele que tem a posse de uma única munição (de festim) guardada em sua residência, desacompanhada de arma de fogo. Em tal situação, o agente não cria nem provoca situação caracterizadora de risco proibido e relevante, o que permite reconhecer que tal conduta se apresenta desvestida de periculosidade e de ofensividade típica.

Do seu turno, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu de forma semelhante ao Supremo Tribunal Federal, no caso em que a recorrente foi condenada à pena de 3 anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao art. 16, caput, da Lei 10.826/03, tendo sido a pena corporal substituída por restritiva de direitos, consistente no pagamento de multa e prestação de serviços à comunidade, já que encontradas na sua residência, dentro de seu quarto, no interior de uma gaveta: 2 (duas) munições calibre 36, marca CBC; 5 (cinco) munições de calibre 9mm, marca CBC e 1 (uma) munição calibre 9mm, marca LUGER.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.735. 871/AM, de relatoria do Min. Nefi Cordeiro, ficou assentada na ementa que:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 8 MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora, buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça. 2. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal. 3. Ainda que formalmente típica, a apreensão de 8 munições na gaveta do quarto da ré não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis encontrados em seu poder.

Logo, não é matéria estranha aos nossos Tribunais Superiores a noção de que a ofensividade é imprescindível para a configuração do ilícito-típico: *nullum crimen sine injuria*.

Considerações finais

À luz das breves considerações acima, é inegável, na atualidade, a expansão do direito penal e, portanto, a necessidade de se estabelecer a fronteira entre o ilícito penal e administrativo é proeminente.

A concepção onto-antropológica oferece um grande contributo na delimitação de tal fronteira entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, pois se todo ilícito ofende um ‘bem’ juridicamente protegido, ou seja, tanto no ilícito administrativo quanto no ilícito penal temos, em alguma medida, uma ofensa a bem jurídico, a dignidade penal, sustentada por uma valoração ético-social, surge como pedra angular da distinção entre os ilícitos penais e administrativos.

Dessa forma, num primeiro nível de valoração, encontra-se a distinção material entre os ilícitos penal e administrativo, já que, no

ilícito penal, o bem jurídico tem existência independente da proibição, ou seja, antes mesmo da consideração legislativa já haveria condutas que são axiológico-socialmente relevantes. Por outro lado, no ilícito administrativo, haveria condutas axiológico-socialmente neutras e o desvalor ético-social só é alcançado após a proibição legal.

Desse modo, a partir de um olhar da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, haveria relações normativas de primeiro e segundo grau. Enquanto, em um primeiro grau, ter-se-ia o direito penal (relação de cuidado com a vida, integridade física etc), no segundo grau se encontraria o direito administrativo sancionador (relação de cuidado para com o correto funcionamento viário, marítimo e aéreo, a manutenção da transparência e fluidez das relações econômicas etc).

Em assim sendo, percebe-se que a partir da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, mostra-se possível uma melhor compreensão do espaço fronteiro entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, sem a pretensão de excluir outros critérios adicionais de distinção, como por exemplo, o quantitativo. Daí a importância de um segundo nível de valoração -, da relação de ofensividade.

Neste contexto, a concepção onto-antropológica do direito penal, ainda se mostraria imprescindível, porque ela é concebida como um modelo de crime como ofensa a bens-jurídicos penais e, assim, torna a noção de resultado jurídico como a pedra angular do ilícito-típico. Dessa forma, traz uma premissa da qual não se pode abrir mão num Estado Democrático de Direito: não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal.

E, por tudo isso, em que pese à legítima tutela de bens-jurídicos penais pelo Estatuto do Desarmamento em determinadas situações, nem toda descrição típica abstrata constante do referido diploma legal possui a necessária dignidade penal, ante a falta de ofensividade.

Logo, acertada a posição dos Tribunais Superiores quando vêm decidindo pela atipicidade da posse de munição desacompanhada de arma de fogo, já que nesses casos não haveria uma dignidade penal a exigir a incidência do direito penal, senão quando muito o direito administrativo sancionador.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)**. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

_____. Direito Penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS**. Coord. Wunderlich, Alexandre. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Ofensividade em direito penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Liberdade e Segurança em Direito Penal. O Problema da Expansão da Intervenção Penal. In: **Crime e Interdisciplinariedade: Estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Org. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila; Noronha de Ávila, Gustavo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

DURKHEIN, Emile. **La educacion moral**. Buenos Aires: Lousada. 2004.

FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. **In: A fenomenologia da Violência.** Curitiba: Juruá, 1999.

_____. A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança. **RBCCRIM - Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v.17, n.76, p. 312-333, jan./fev. 2009.

KHALED JR, Salah Hassan. **Videogame e Violência.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Raízes da sociedade criminógena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar.** São Paulo: Saraiva. 2012.

Sobre os autores

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel: Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí e em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar. Professora de Direito na Graduação e Pós-graduação da Faculdade Integral Diferencial/Wyden e Estácio/Teresina, e da Pós Graduação do Centro de Ensino Superior do Vale do Paraíba - CESVALE/Teresina. Consultora Jurídica Especial de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Andréa Depintor: Advogada e professora universitária. Leciona em cursos preparatórios para o exame de ordem e concursos públicos. É também especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e mestranda em Direito pela FADISP.

Antonio Milton Jolvino: Mestre em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Empresarial, Tributário e Processual Tributário. Advogado. Professor Universitário.

Fernanda Torres de A. L. C. Oliveira: Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Vale do Paraíba - CESVALE/Teresina.

Francis Pignatti do Nascimento: Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR.

Gabriel Martinez Raymundo: Advogado atuante na área bancária, Metrando em Função Social do Direito pela Fadisp, Pós-Graduado em Direito Público pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus (2016), Graduado em Direito pela Fadisp (2013). Contato: (11) 996671660, Endereço: Rua Padre Miguel Luís Teixeira, Jardim Colonial, 35, São Paulo-SP. CEP 04821040.

Gustavo Costa Vieira Novaes: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP, Campus Engenheiro Coelho. Graduando em teologia pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP, Campus Engenheiro Coelho. E-mail: gustavoadvn@gmail.com

Ieda Prandi: Mestre em Direito Difuso e Coletivo. Especialista em Direito Empresarial e Direito Previdenciário. Professora universitária. Advogada com ênfase em Direito Previdenciário.

José Geraldo da Silva: Especialista, Mestre e Doutorando em Direito pela FADISP. Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo. Professor de Direito Penal do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp-EC) e da Universidade Paulista (Unip). Delegado de Polícia Aposentado. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

Juliana Giovanetti Pereira da Silva: Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito do Internacional, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito do Trabalho, Migrações e Refúgio. Autora da Cartilha sobre Direitos e Deveres dos Trabalhadores Migrantes e Refugiados. Advogada. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB - Americana. Pesquisadora do GERM. Professora de Direitos Humanos e Legislação Especial em cursos preparatórios para concursos públicos. Professora de Direitos Humanos, Direito Internacional Público e Privado na Faculdade de Americana - FAM. Professora conteudista de Direito Empresarial para disciplina EAD na Faculdade de Americana - FAM.

Juliano de Oliveira Leonel: Defensor público, professor universitário, pós-graduado em direito penal e processo penal pela UFPI, mestre em Direito pela UCB, doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS.

Lais Giovanetti: Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2016). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (2017). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2012). Professora de Direito das disciplinas de Direito Constitucional, Empresarial, Trabalho e Processo do Trabalho, Previdenciário, nas faculdades, Faculdade de Americana - FAM e na Faculdade Anhanguera Campinas - FAC - Unidade I. Professora de pós-graduação em Direito Previdenciário no Centro Universitário de Paulínia. Advogada trabalhista e previdenciária.

Liliam Alves Feitoza: Mestre em Direito Difuso e Coletivo. Especialista em Direito Processual Civil. Professora Universitária. Advogada com experiência das áreas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil.

Marcelo Leandro Pereira Lopes: Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2002) e mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2011). Atualmente é diretor presidente da Fundação de Incentivo à Pesquisa, professor efetivo da Faculdade Nassau Unidade Teresina, professor da Faculdade Integral Diferencial FACID DeVry, membro do núcleo de estudos em ética e bioética da Faculdade Nassau Aliança e professor do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito, cidadania, teoria crítica, educação jurídica e história do direito. E-mail: marcelolpl1@hotmail.com

Marcus Vinícius do Nascimento Lima: Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho. Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela UFRN, Especialista em Direito Civil, Fiscal e Tributário pela UFPI, Advogado. E-mail: marcus_n_lima@hotmail.com

Maria Ângela Alves Pessoa: Bacharel em Direito pela Faculdade de Americana – FAM.

Michelly Nayara Gomes Lima: Bacharel em Direito - Universidade Maurício de Nassau.

Michely Vargas Del Puppo Romanello: Doutoranda em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Mestra em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2014). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2011). Professora de Direito Civil no Centro Universitário Adventista de São Paulo. Advogada, Conciliadora e Mediadora. E-mail: michelydelpupo@terra.com.br

Mônica de Oliveira Silva Fiori: Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Pós Graduada em Pesquisa, Metodologias de Investigação e Docência no Ensino Superior no Centro Universitário Hermínio Ometto - FHO/Uniararas.

Mônica de Oliveira Silva Fiori: Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Pós Graduada em Pesquisa, Metodologias de Investigação e Docência no Ensino Superior no Centro Universitário Hermínio Ometto - FHO/Uniararas.

Roberta Ceriolo Sophi: Especialista em Direito Civil pela Uniderp e Mestranda em Direito pela Unimep. Professora da Faculdade Comunitária de Campinas. Advogada. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam).

Ronaldo Greggo de Moraes: Graduando em Direito pela Faculdade de Americana – FAM. Atuou na gestão de contratos regidos pela Lei n.º 8.666/93, por empresa do setor privado e como estagiário pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Santa Bárbara d'Oeste-SP. E-mail: ronagreggo@gmail.com

Tiago Natari Vieira: Tabelião, Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP, Pós Graduado em Direito Notarial e Registral pela Rede Luiz Flávio Gomes em (2015), Graduado em Direito pela FASIPE (2013). Contato: (66) 9.99850539, Endereço: Rua Ataliba Gomes de Laia, Centro, 68, São Luiz-RR. CEP 69370-000.

Wallace Leite Nogueira: Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Advogado militante e Professor de Direito Empresarial e Prática Empresarial na Faculdade de Americana – FAM. E-mail: wallace.nogueira@aasp.org.br