



Alonso Pereira Duarte Júnior
Alexandre Augusto Batista de Lima
Joana de Moraes Souza Machado
(Orgs.)

Diálogos Interdisciplinares no Direito Volume 2

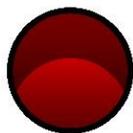
61



O direito é um instrumento dinâmico de regulação das relações sociais e suas disciplinas dialogam entre si, como conexões intercomunicantes que se entrelaçam na construção de uma infindável rede de normas que se firma no sentido da construção de uma sociedade mais justa e solidária. Os Diálogos Interdisciplinares no Direito chegam ao seu segundo volume, como uma coletânea de artigos que contempla o estudo desenvolvido pelos diversos professores do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi, fruto dos estudos interdisciplinares desenvolvidos na graduação. A argumentação desenvolvida pelos autores propicia ao leitor uma análise concreta de diversos temas relevantes e atuais relativos a múltiplos conteúdos jurídicos coevos, temas contemporâneos e de instigante discussão. Ademais, é repositório importante da pesquisa jurídica realizada pelo Uninovafapi, uma vez que contempla artigos que são fruto de pesquisa patrocinada pelo Programa de Iniciação à Pesquisa Científica (PIBIC) do Centro Universitário Uninovafapi. A obra parte de um pressuposto de que o direito é um sistema que tem disciplinas interdisciplinares e que se comunicam em diversos aspectos, oferecendo uma ideia de completude sistêmica. A coletânea apresenta pesquisas acadêmicas que se desenvolveram em ambiente de estudos jurídicos que apresentam atualidade, relevância e comprometimento com a pesquisa social. Os estudos encartados neste volume possibilitam ao leitor um manancial teórico que enriquece e aprimora o conhecimento mesmo daqueles leitores mais afetos às letras jurídicas. A compilação de artigos mantém o estilo do volume um, trazendo uma coleção objetiva, técnica do ponto de vista científico e de leitura aprazível, revelando a sólida formação jurídica e acadêmica dos autores.



Diálogos Interdisciplinares no Direito



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Diálogos Interdisciplinares no Direito

Volume 2

Organizadores:

Alonso Pereira Duarte Júnior
Alexandre Augusto Batista de Lima
Joana de Moraes Souza Machado



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>

Série Ciências Jurídicas & Sociais — 61

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DUARTE JÚNIOR, Alonso Pereira ; LIMA, Alexandre Augusto Batista de; MACHADO, Joana de Moraes Souza (Org.)

Diálogos interdisciplinares no direito: volume 2 [recurso eletrônico] / Alonso Pereira Duarte Júnior; Alexandre Augusto Batista de Lima; Joana de Moraes Souza Machado (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

306 p.

ISBN - 978-85-5696-472-4

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

1. Direito; 2. Filosofia do direito; 3. Interdisciplinaridade; 4. Ética. I. Título. II. Série.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	11
x	
1	17
Foro por prerrogativa de função no atual ordenamento jurídico Alonso Pereira Duarte Júnior; Isafior Sousa Do Nascimento	
2	39
Pornografia de vingança: a inexistência de um tipo penal específico no Brasil Railma Samera dos Aflitos; Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães	
3	67
O que é filosofia? Marcelo Martins Eulálio	
4	89
O direito de morrer no direito comparado Gillian Santana de Carvalho Mendes; Carla Milena Queiroz Bucar	
5	111
Direito ao esquecimento: a tutela da privacidade em face da liberdade de expressão e informação Anna Rachel Caminha Moraes; Joana de Moraes Souza Machado	
6	147
O salário maternidade e o programa empresa cidadã: dignidade e melhor qualidade de vida para mães e filhos recém-nascidos Auricelia do Nascimento Melo; Geovanna Isabel Carvalho Belo	
7	161
A violência patrimonial no âmbito da lei Maria da Penha Lenise Marinho M. Moura; Pollyanna G. da Silva; Joana de Moraes S. Machado	

8.....	177
A eutanásia e seus reflexos no Direito Constitucional e no Direito Penal	
Emmanuel Matheus de Sena Brasil; Paulo Alves da Silva Paiva	
9.....	205
A arbitragem nos contratos firmados na administração pública: possibilidade de sua utilização à luz dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários	
Alexandre Augusto B. de Lima; Railma S. dos Aflitos; Anna Beatriz B. da S. Melo	
10.....	221
Direito ao esquecimento	
Mayza Allen Lopes Cerqueira Amorim; Cléa Mara Coutinho Bento	
11.....	241
O instituto da estabilização da tutela provisória no novo Código de Processo Civil	
Aurélio Lobão Lopes; Cláudia Lyssia da Silva Moura	
12.....	265
A “anatomia do direito”: regras e princípios – as emendas de Hart e Dworkin	
Cleber de Deus; Giovane Dantas	
13.....	241
A arbitragem no Estado Democrático de Direito e sua relevância para solução de conflitos decorrentes de relação de trabalho no âmbito da administração pública	
Alexandre Augusto Batista de Lima; Geremias Pereira da Silva Neto	

Apresentação

O direito é um instrumento dinâmico de regulação das relações sociais e suas disciplinas dialogam entre si, como conexões intercomunicantes que se entrelaçam na construção de uma infundável rede de normas que se firma no sentido da construção de uma sociedade mais justa e solidária. Os Diálogos Interdisciplinares no Direito chegam ao seu segundo volume, como uma coletânea de artigos que contempla o estudo desenvolvido pelos diversos professores do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi, fruto dos estudos interdisciplinares desenvolvidos na graduação.

A argumentação desenvolvida pelos autores propicia ao leitor uma análise concreta de diversos temas relevantes e atuais relativos a múltiplos conteúdos jurídicos coevos, temas contemporâneos e de instigante discussão. Ademais, é repositório importante da pesquisa jurídica realizada pelo Uninovafapi, uma vez que contempla artigos que são fruto de pesquisa patrocinada pelo Programa de Iniciação à Pesquisa Científica (PIBIC) do Centro Universitário Uninovafapi.

O primeiro artigo destaca as controvérsias acerca do Foro por prerrogativa de função no atual ordenamento jurídico, tema palpitante e atual, situado na esfera do direito penal, que enseja diversas discussões jurídicas, inclusive, com recentes manifestações do Supremo Tribunal Federal, segundo a visão do professor Alonso Duarte e da coautora Isafior Sousa Do Nascimento. O segundo artigo enfoca uma temática atualíssima, que envolve as novas tecnologias e os novos modos de transgressão penal na contemporânea realidade digital, a pesquisa das autoras Railma Samera dos Aflitos e Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães trata da Pornografia de vingança, explorando,

nomeadamente, a ausência de um tipo penal específico no Brasil para coibir a referida conduta.

Dentro de uma apreciação filosófica, que oferece suporte a diversas outras observações jurídicas, o autor Marcelo Martins Eulálio discute de maneira didática e elucidativa sobre a noção de filosofia, no terceiro artigo, intitulado: O que é filosofia? Em um texto denso e elucidativo trata da jornada pelo conhecimento, demonstrando de modo magistral como a filosofia promove uma emancipação da forma de pensar e entender o mundo do ser humano. Existe um direito de morrer? É muito claro que o bem jurídico vida é tutelado pela Constituição Federal de 1988, entretanto, quando o assunto é a morte, surge uma intensa discussão na comunidade jurídica, partindo dessa premissa as autoras Gillian Santana de Carvalho Mendes e Carla Milena Queiroz Bucar, no quarto artigo da coletânea, percorrem a temática da morte, analisando o direito de morrer no direito comparado, especialmente, no direito europeu e sul-americano, evidenciando que o direito de viver, é fundamental, entretanto, desde que se viva com dignidade.

Uma temática atual e que apresenta uma grande relevância jurídica, transitando pelos direitos da personalidade e pelos direitos fundamentais é a do Direito ao esquecimento, as autoras Anna Rachel Caminha Morais e Joana de Moraes Souza Machado abordam o assunto, no quinto artigo, com foco na tutela da privacidade, em face da liberdade de expressão e informação. Nada há de mais atual do que o tratamento conferido às regras da previdência social, especialmente, no momento reformista vivenciado nessa área hodiernamente, assim, o sexto artigo, de autoria de Auricélia do Nascimento Melo e Geovanna Isabel Carvalho Belo, traz uma importante e moderna abordagem sobre o salário maternidade e o programa empresa cidadã, verificando como a extensão deste benefício previdenciário pode ser um instrumento de concretização de dignidade e melhor qualidade de vida para mães e filhos recém-nascidos.

A violência praticada contra a mulher é um dos retratos mais tristes da realidade social brasileira contemporânea. No contexto da

atual conjuntura social de violência contra a mulher, as autoras Lenise Marinho M. Moura, Pollyanna G. da Silva e Joana de Moraes S. Machado, no sétimo artigo da coletânea, abordam a violência patrimonial no âmbito da lei Maria da Penha, demonstrando que a mulher está afeta a várias espécies de violência e que o amparo legislativo atual abrange um amplo espectro protetivo às mulheres. O oitavo artigo, de autoria de Emmanuel Matheus de Sena Brasil e Paulo Alves da Silva Paiva, aborda a eutanásia e seus reflexos no Direito Constitucional e no Direito Penal, os autores entendem que a eutanásia é uma prática antiga, mas que sua aceitação e legalização pouco tem evoluído ao longo da história da humanidade, o que leva a uma discussão sobre a prevalência do direito à vida ou do direito da dignidade da pessoa humana.

Os autores Alexandre Augusto B. de Lima, Railma S. dos Aflitos e Anna Beatriz B. da S. Melo trazem à baila, no nono artigo, oriundo de pesquisa do PIBIC – Programa de Iniciação Científica, com financiamento do Centro Universitário UNINOVAFAPI, a discussão acerca do novo direito administrativo, abordando a arbitragem nos contratos firmados na administração pública, discutem, em especial, a possibilidade da utilização desse instrumento contratual na Administração Pública, com fundamento no entendimento dos principais doutrinadores do direito brasileiro, bem como no exame da jurisprudência nacional. Mayza Allen Lopes Cerqueira Amorim e Cléa Mara Coutinho Bento abordam, no décimo artigo, o Direito ao esquecimento, pesquisa realizada frente aos novos desafios enfrentados com o advento de novas tecnologia digitais, entretanto, reveladora de que é possível a tutela jurídica à personalidade de quem teve seus dados expostos na rede mundial de computadores e necessita de proteção do direito ao esquecimento.

O décimo primeiro artigo, de autoria de Aurélio Lobão Lopes e Cláudia Lyssia da Silva Moura, aborda o instituto da estabilização da tutela provisória no novo Código de Processo Civil, assunto de atualidade e relevância jurídica, posto que se trata de novidade implementada pelo novo Código de Processo Civil, sendo uma inovação

que trouxe um representativo ganho na efetividade do processo, em razão da necessidade de se atingir a adequada prestação jurisdicional. Retornando a um enfoque jurídico-filosófico, os autores Cleber de Deus e Giovanne Dantas, no décimo segundo artigo, enfrentam o tema da “anatomia do direito”: regras e princípios – as emendas de Hart e Dworkin, trazendo uma interpretação de algumas teses teóricas de Herbert Hart e Ronald Dworkin, debate clássico na Filosofia do Direito, com o fito de transitar entre os institutos direito, moral e justiça como manifestações do fenômeno jurídico.

Por fim, o décimo terceiro artigo, de autoria de Alexandre Augusto Batista de Lima e Geremias Pereira da Silva Neto, enfoca a arbitragem no Estado Democrático de Direito e sua relevância para solução de conflitos decorrentes de relação de trabalho no âmbito da administração pública, a pesquisa é fruto de pesquisa do PIBIC - Programa de Iniciação Científica, com financiamento do Centro Universitário UNINOVAFAPI e aborda os impactos da reforma trabalhista e das resoluções adequadas de disputas no ambiente da Administração Pública.

A obra parte de um pressuposto de que o direito é um sistema que tem disciplinas interdisciplinares e que se comunicam em diversos aspectos, oferecendo uma ideia de completude sistêmica. A coletânea apresenta pesquisas acadêmicas que se desenvolveram em ambiente de estudos jurídicos que apresentam atualidade, relevância e comprometimento com a pesquisa social. Os estudos encartados neste volume possibilitam ao leitor um manancial teórico que enriquece e aprimora o conhecimento mesmo daqueles leitores mais afetos às letras jurídicas. A compilação de artigos mantém o estilo do volume um, trazendo uma coleção objetiva, técnica do ponto de vista científico e de leitura aprazível, revelando a sólida formação jurídica e acadêmica dos autores.

Aprecie!

Alonso Pereira Duarte Júnior

Advogado. Mestre em Ciência Política pela UFPI. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FDDJ. Professor universitário.

Alexandre Augusto Batista de Lima

*Professor Universitário, advogado e pesquisador.
Doutorando em direito e políticas públicas pelo Centro Universitário UNICEUB.*

Joana de Moraes Souza Machado

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí.

Foro por prerrogativa de função no atual ordenamento jurídico

Alonso Pereira Duarte Júnior¹

Isaflor Sousa Do Nascimento²

1 Introdução

O presente estudo tem por objeto a figura do foro por prerrogativa de função, ou popularmente conhecido foro privilegiado. Desta forma será analisada a sua aplicabilidade no atual ordenamento jurídico com o cunho comparativo na Ação Penal 937 do Supremo Tribunal Federal, esta figura trata-se por tanto de uma espécie de prerrogativa em decorrência de função.

Dentro dessa perspectiva é importante salientar que a figura do foro por prerrogativa de função não é de uso exclusivo da jurisdição brasileira. Pelo o contrário, assim como diversos institutos jurídicos implementados no Brasil, esta figura encontra-se presente em vários países de forma distinta, como em Portugal que não prevê ação penal originária nos tribunais, mas estabelece que os deputados só possam ser processados com autorização da assembleia.

¹ Advogado. Mestre em Ciência Política pela UFPI. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FDDJ. Professor do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ, da Faculdade Estácio Teresina e Faculdade Pitágoras ICF.

² Acadêmica do 10º do período do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ.

Na Argentina adota-se um sistema com aplicação mais restrita, limitando a Câmara dos deputados o direito de acusar perante o Senado os chefes do executivo, ministros e membros da Corte Suprema. Já a Constituição italiana prevê que apenas o Presidente da Réplica seja julgado pela corte Constitucional.

De modo que não é objetivo deste estudo questionar a constitucionalidade desta prerrogativa, mas sim, pretende-se demonstrar a sua aplicabilidade no atual ordenamento jurídico sobre tudo a interpretação que os Tribunais Superiores (STF e STJ) têm dado a ele diante da gradativa frequência do seu uso e da mudança do entendimento anteriormente consolidado.

Serão suscitados diversos questionamentos no que tange ao seu conteúdo, alcance, quais os tipos de crimes são alcançados por esta figura, e principalmente quanto aos sujeitos que podem assegurar-se por tal prerrogativa, mas de forma alguma discutirá a sua legitimidade.

Essas questões estarão estruturadas em três itens após a introdução, no item dois falar-se-á a respeito da competência no direito processual penal, no que tange a regra específica de competência em relação à figura do foro, e será avaliado a sua relação com o Princípio do Juiz natural e com o Princípio da Igualdade.

No terceiro e último item será feita a análise desta prerrogativa diante do STF e STJ, exibirá seu comportamento diante do julgamento da Ação Penal nº 937, destacando os principais pontos da mudança do entendimento anterior, ocorrido em relação ao novo sentido e alcance do foro, e ao momento da fixação definitiva da competência do STF. Por último será utilizado como exemplo de aplicabilidade desta nova linha interpretativa, a Ação Penal nº 866 julgada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A metodologia utilizada no desenvolvimento do presente estudo será com embasamento bibliográfico, partindo-se do estudo legal, da figura do foro por prerrogativa de função e sua configuração, procurando verificar fundamentos na doutrina e nas decisões judiciais

acerca do tema. Tendo como instrumentos de pesquisa a Ação Penal nº 937 do STF, sites, artigos científicos e livros.

Esse estudo busca expor importância da figura do foro por prerrogativa de função para o sistema jurídico brasileiro, e principalmente demonstrar como essa figura sofre grandes mutações, partindo do novo entendimento consolidado após o julgamento do Supremo Tribunal Federal referente à Ação Penal nº 937.

2 Competência no direito processual penal

Para melhor entendimento do tema em tela é necessário explanar algumas considerações sobre a jurisdição e competência no âmbito processual, de modo a distingui-las, e também, colocar quais são os critérios de fixação para a escolha da competência no processo penal vigente.

A jurisdição se estabelece da mesma maneira em que se concretiza o poder-dever do Estado, assim assevera Nucci, (2016, p.156), “jurisdição é o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos”. De modo que é evidente que a aplicação do poder jurisdicional depende da organização estatal, partindo do funcionamento da tripartição dos poderes, sendo este conteúdo pertencente ao Poder Judiciário.

A figura do poder jurisdicional que está contida na Carta Magna de 1988 em regra é executada pelo o Poder Judiciário, e guia-se por princípios primordiais da improrrogabilidade, unidade, indelegabilidade e indeclinabilidade, visando delimitar a amplitude e tracejar a sua aplicabilidade.

Para que se possa cumprir a finalidade da jurisdição de forma uniforme é que se fala em competência, já que esta é o espaço ou a delimitação onde a autoridade judiciária irá dar vida ao direito, ou seja, irá aplicar o que regula a norma ao caso concreto. De modo que é importante que essa autoridade seja competente naquela

circunscrição para fazer valer o chamado poder dever do Estado através da execução do poder jurisdicional.

Reis e Gonçalves (2016, p. 187) foram precisos em salientar que “um juiz não pode julgar todos os casos, de todas as espécies, sendo necessária uma delimitação de sua jurisdição. Essa delimitação do poder jurisdicional dos juízes e dos tribunais denomina-se ‘competência’”.

É função da competência fornecer os elementos necessários para a descoberta de qual órgão do Poder Judiciário está apto para processar e julgar a potencial lesão ou ameaça ao bem jurídico. Sendo assim, é de suma importância o cumprimento dos critérios de fixação de competência, que estão definidos no artigo 69 Código de Processo Penal, observando o lugar da infração, domicílio ou residência do réu, a natureza da infração, distribuição, conexão ou continência, prevenção e por último a prerrogativa de função, ou seja, o foro excepcional em decorrência da função.

Cabe-se ressaltar como funciona o procedimento para escolha da competência em relação à prerrogativa de função de acordo com Reis e Gonçalves (2016, p.237):

A competência por prerrogativa de função verifica-se quando o legislador, levando em consideração a relevância do cargo ou função ocupados pelo autor da infração, estabelece órgãos específicos do Poder Judiciário que julgarão o detentor daquele cargo caso cometa infração penal.

Por exemplo, é competência original do Supremo Tribunal Federal julgar Deputados e Senadores que cometam ilícitos penais, como coloca o artigo 102, alínea b e c da Constituição Federal.

2.1 O foro por prerrogativa como regra específica para competência

O critério para escolha da competência é defendido por lei como alhures citado, essa escolha é feita de forma excepcional, já

que neste caso leva-se em consideração a função exercida pelo agente e não delito cometido, falasse da chamada *ratione persona*, a competência levará em consideração a qualidade da pessoa de quem está se falando, e não ao tipo penal cometido.

A figura do foro por prerrogativa de função é objeto que divide opiniões, tanto no âmbito jurídico quanto na própria doutrina, parte defende que o foro trata-se de um privilégio usado para suprimir um interesse pessoal do agente ocupante de tal função pública, relutando a ideia de que esta figura foi criada para ferir o princípio da igualdade e todos os outros preceitos constitucionais. E outra parte defende que a figura do foro é um elemento de suma importância para o desenvolvimento da função pública, não ferindo a Constituição, mas pelo contrário, esta figura vem garantir o poder dever do Estado através do exercício da jurisdição e garantindo o funcionamento da máquina pública, principalmente no que tange a atuação do Poder Judiciário na seara penal.

Diante das controvérsias em torno da figura do foro é importante fortalecer um padrão em relação a sua nomenclatura, já que privilégio e prerrogativa são figuras totalmente distintas. De forma que ecoa totalmente vulgar e agressivo a ideia de que a figura do foro trata-se de um privilégio, já que o privilégio traz uma conotação de regalia, vantagem, que segue ligado diretamente ao interesse pessoal de quem usufrui do foro, e não como um auxílio para melhor exercer a atividade com interesse público, assim pondera Brasileiro (2018, p.494):

Essa excepcionalidade de foro por prerrogativa de função em face de preceitos sensíveis da Constituição Federal, como o da isonomia e o do juiz natural, possui uma razão de ser própria, específica, justificável, que transmuda sua conotação de privilégio, no sentido pejorativo da palavra, para prerrogativa essencial ao bom exercício da função.

A guisa desse entendimento, e fortificando a justificativa da existência e do sentido da figura do foro por prerrogativa de função,

ser uma prerrogativa e não um privilégio, Mendes, (2014, p.480) assevera que “os agentes políticos dentro da sua área são as autoridades supremas da Administração Pública. Possuem plena liberdade funcional e estão a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira”.

A competência em razão da pessoa e da matéria é de caráter absoluto, pois o objeto em voga é de interesse público, como é o caso do foro por prerrogativa de função, a declaração de incompetência nesses casos poderá gerar nulidade absoluta da referida matéria, podendo ser reconhecida a qualquer tempo, sendo essencial para um processo probo e justo o devido reconhecimento ao agente público da competência excepcional, para processar e julgar a sua demanda, se assim for o caso. Diante da figura do foro por prerrogativa de função assim defende Nucci, (2016, p. 159):

As autoridades em geral, que possuem o foro privilegiado, somente podem ser processadas, ainda que o delito seja cometido antes do início do exercício funcional, nas Cortes especificadas na Constituição ou em lei. Assim, caso alguém esteja respondendo por um determinado delito em Vara comum de 1.º grau, uma vez que seja eleito, por exemplo, deputado federal, o feito será remetido, para continuidade, ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, se ele deixar o cargo, sem ter sido julgado, retornará à instância original, pois o crime foi praticado antes do exercício do mandato.

A Constituição de 88 cuidou não só de legitimar a figura do foro como também destrinchar a sua competência, tanto em relação a prerrogativa quanto em relação a matéria, distribuindo um quadro geral de divisão judiciária, estando nos seus artigos 102 em relação ao Supremo Tribunal Federal, 105 ao Superior Tribunal de Justiça, ambos julgam originariamente por crimes comuns, artigo 108 aos Tribunais Regionais Federais por crimes comuns de forma originária sendo ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e artigos 29 e 96 aos Tribunais de Justiça que julgam originariamente os crimes comuns.

É importante colocar que nada obsta que as constituições estaduais aumentem as hipóteses da aplicação do foro por prerrogativa de função, desde que resguardados os preceitos colocados pela a Constituição Federal, e também observados as ressalvas da Justiça Eleitoral.

2.2 A relação do foro por prerrogativa de função com o Princípio do Juiz natural

Dando continuidade a análise do instituto do foro por prerrogativa de função, é importante destacar que ele está intimamente relacionado com o princípio do juiz natural.

Os princípios como um todo tem a função de orientar o sistema normativo e localizar a característica de cada norma, é através dos princípios que é possível analisar o tempo histórico e social da criação de cada norma, servindo também para determinar o alcance e o sentido das demais espécies normativas, devendo ser observado sempre em consonância com o sistema jurídico como um todo.

O Princípio do Juiz Natural está publicado no texto constitucional no artigo 5º, incisos XXXVII, regulando que não haverá juízo ou tribunal de exceção, e complementado no mesmo artigo inciso LIII, que ninguém será julgado ou sentenciado senão pela autoridade competente. Como assegura Cebriam e Rios (2016, p. 236):

Esse princípio visa a impedir que haja designação de julgador ‘ad hoc’ ou de exceção com a finalidade de julgar uma pessoa ou caso específico. Verifica-se, portanto, que o princípio do juiz natural apresenta-se com duplo aspecto: a proibição do juízo de exceção (ex post facto) e a garantia do juiz competente. Não há dúvida de que o exercício válido da função jurisdicional pressupõe que a atividade seja realizada por juiz a quem a lei previamente tenha atribuído a competência para a causa, de acordo com as regras constitucionais que regem a matéria.

Diante do colocado, ficou retificado que a figura do foro por prerrogativa de função não fere o Princípio do Juiz Natural, pois diante o exposto a Constituição regula que é direito do agente ser processado e julgado por autoridade competente, e que a presença deste princípio não impede a criação de novas varas especializadas e a prorrogação de competência jurisdicional, desde que amparado pela a legislação vigente.

O principal o objeto do Princípio do Juiz Natural é garantir acima de tudo um julgamento imparcial, dando a liberdade funcional necessária à pessoa do juiz, e uma maior segurança ao agente que cometeu um ilícito penal de que aquela decisão judicial está livre de vícios de caráter pessoal. Nesse diapasão Mendes (2014, p. 488o), justifica a necessidade a figura do foro e ainda diz mais sobre esta não ferir tal princípio:

É justamente a peculiar posição dos agentes políticos que justifica o tratamento constitucional diferenciado em relação aos demais agentes públicos [...] a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é realmente, instituída não no interesse da pessoa ocupante do cargo, mas no interesse público de seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade.

Para tanto, está evidente que o foro por prerrogativa de função não vem ferir de forma alguma o Princípio do Juiz Natural, pois é estabelecido um contexto de que esta prerrogativa é utilizada em proteção ao exercício da função estatal e não da pessoa que a exerce, fazendo valer dessa forma o próprio poder jurisdicional.

2.3 A relação do foro por prerrogativa de função com o Princípio da Igualdade

É indispensável fazer a análise da figura do foro por prerrogativa de função em conjunto com o Princípio da Igualdade.

Já que é requisito essencial para a garantia do devido processo legal que este procedimento percorra um caminho justo, eficaz e eficiente visando primordialmente assegurar a igualdade de todos perante a lei, principalmente das partes que compõe um processo.

Este princípio tem uma raiz extraordinariamente constitucional, pois é considerado como parâmetro basilar para o cumprimento e respeito de todos os direitos em especial os direitos fundamentais. A Constituição Federal no artigo 5º coloca que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988).

Como já foi acima citado o foro por prerrogativa de função não é um privilegio e sim um mecanismo para a execução do poder jurisdicional do Estado, de modo a garantir o julgamento adequado ao congressista ou outro agente que exerça função pública. De forma que ao tempo que a Constituição garante o tratamento isonômico entre as pessoas ela também garante a proporcionalidade, dizendo que deve-se tratar os iguais de acordo com suas desigualdades, fazendo com que o direito seja aplicado de forma eficiente e eficaz de acordo com a necessidade de cada caso.

O Princípio da Igualdade assim como demais servirá como parâmetro para regular o que é igualdade e não um fim em si mesmo, ao passo que o próprio conceito de igualdade ou isonomia é imensamente vultuoso, podendo ser interpretado de várias formas. Sendo para tanto um grande equívoco a tese que a possibilidade do julgamento diferenciado em razão da função fere a igualdade, já que esse julgamento excepcional faz valer a garantia de um direito aquele determinado grupo. Mendes coloca que (2014, p.482) “em rigor, só faz sentido falar em prerrogativa de foro se se entende para além do exercício das funções, até porque, como já largamente demonstrado, é nesse momento que ela presta alguma utilidade ao ocupante do cargo.”.

3 Da análise do foro por prerrogativa de função no STF e STJ:

O foro por prerrogativa de função originou-se no Brasil desde a promulgação da Constituição Republicana de 1891, a qual discorreu em seu artigo 57, §2º a competência ao Senado para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade e, deu também ao STF a competência para julgar os juízes federais, presidente da república e aos ministros de estado nos crimes comuns e de responsabilidade. A presença do foro seguiu de forma habitual em todas as constituições brasileiras, inclusive na atual Constituição de 1988, a qual não previu expressamente nenhuma vedação a figura do foro por prerrogativa de função.

De forma geral a escolha da competência para processar e julgar com a prerrogativa do foro é fixada em vários níveis, levando em consideração a pessoa que ocupa o cargo e a disposição normativa. Os critérios para sua determinação estão estabelecidos na Constituição Federal, Constituições Estaduais, nas leis ordinárias e nas leis de organização judiciária.

Compete aqui destacar que é elemento de discussão questionar até onde vai a liberdade para dispor sobre a figura do foro das Constituições Estaduais, que é resguardado pelo artigo 125 da Constituição Federal, nesse sentido regula, Brasileiro (2018, p.506):

O ponto crucial da discussão, todavia, diz respeito à existência (ou não) de limitação material ao poder constituinte estadual no que tange à possibilidade de outorgar foro por prerrogativa de função aos agentes estaduais, criando-se, por conseguinte, exceções às regras da garantia da isonomia e do juiz natural. De acordo com o princípio da simetria ou do paralelismo, previsto no artigo 125 da Constituição Federal [...] as Constituições Estaduais só podem atribuir a seus agentes políticos as mesmas prerrogativas da Constituição Federal.

Em se tratando do Superior Tribunal Federal versa o artigo 102, I, “b”, “c”, da Constituição, processar e julgar infrações penais

comuns, crimes eleitoral ou militar e crimes de responsabilidade. Já ao Superior Tribunal de Justiça será competente para processar e julgar se qualquer das pessoas previstas do artigo 105, I, “a” da Constituição, a quem cometer um crime comum de mesma natureza do que trata o STF, prevalecendo essa prerrogativa sobre qualquer outra Justiça ou grau de jurisdição.

Em relação aos demais Órgãos a Constituição distribuiu a competência aos Tribunais de Justiça dos Estados de acordo com o artigo 96, III, ao TRE desde que seja praticado crime eleitoral, observando o que couber o artigo 109, da Constituição.

Ao TRF em simetria com os Tribunais Justiça, jugará os juízes federais e da Justiça do Trabalho e membros do MP da União, como assevera o artigo 108, I, “a”, o tratamento dado aos Prefeitos seguirão o colocado pelo artigo 29, X, da Constituição, no mesmo sentido afirma a Súmula nº 702 do STF e Súmula ns. 208 e 209 do STJ.

Com o propósito de esclarecer e facilitar a compreensão de como funciona o mecanismo de competências no ordenamento jurídico brasileiro, exibisse o presente compilado de informações referente ao tema:

Jurisdição Competente	Executivo	Judiciário	Legislativo	Outros
STF	Presidente, Vice-Presidente, Ministros e Advogado Geral da União.	Membros dos Tribunais Superiores, incluindo os dos STF.	Membros do Congresso Nacional	Procurador-Geral da República, Comodante das Forças Armadas, Membros do Tribunal de Contas da União e Chefes de missão diplomática.

STJ	Governadores	Membros do TRF, TRE, TRT e TJs.	-	Membros dos Tribunais de Contas dos Estados, DF e Municípios e Membros do Ministério Público da União que atuam perante Tribunais.
TRF, TJ, TRE (crimes eleitorais)	Prefeitos	Juizes de Direito, Juizes Federais do Trabalho, Juizes Militares da União.	Deputados Estaduais	Membros do Ministério Público da União (MPF, MPT, MPM, MP do DF) e o do MP estadual.

Fonte: Própria, 2018.

Como já discorrido, a figura do foro por prerrogativa de função vem sendo objeto de grandes mudanças, que ocasiona grandes alterações no comportamento jurídico vigente, principalmente o da Suprema Corte. Surgem discussões no que tange os sujeitos que podem usufruir desta prerrogativa, em relação ao alcance do foro a crimes cometidos antes do mandato ou depois de sua cessação, e questiona-se também sobre os tipos de crimes que devem ser julgados dessa forma excepcional, aferindo se alcança os crimes comuns ou apenas os de responsabilidade.

A razão de existir a figura do foro está justificada, ao passo que no decorrer do referido estudo constatou-se a sua importância e necessidade para dar um julgamento justo, livre e imparcial, as pessoas diante do cargo que ocupam.

Apesar da relevância dessa figura, os operadores do direito em especial o Supremo Tribunal Federal decidiram amoldar a figura do foro por prerrogativa de função a atual realidade social, por

entender que o seu uso na maneira que vem sendo feita, se comporta de forma ruínosa a justiça brasileira.

A Constituição prevê um extenso rol de agentes que são protegidos pela figura do foro. Tamanha extensão não encontra paralelo em nenhuma outra Constituição democrática ou Direito comparado, pois segundo informações levantadas no dia vinte e seis de abril deste ano pelo o jornal Folha de São Paulo, há mais de 58.660 pessoas ocupando funções públicas que incorrem com processo em esfera excepcional no Brasil, o que demonstra total descontrolo da situação em que se encontra o poder jurisdicional.

Não só o número exacerbado de sujeitos causa uma extensão incomum ao foro, como também a amplitude quanto aos crimes abrangidos por esta figura, no entendimento atual um acusado ou réu que ocupe determinado cargo será processado e julgado, originariamente, por um juízo de instância superior, mesmo se o crime a ele imputado não tiver qualquer conexão com as funções desempenhadas, ou seja, um Deputado que cometer homicídio contra sua esposa terá que ser julgado de forma excepcional, mesmo que esta infração penal tenha um cunho comum.

Em outros países inexistente esta possibilidade, pois a figura do foro está condicionada somente a crimes cometidos em decorrência da função ou chamado crime de responsabilidade, que na verdade trata-se mais de uma **conduta, que contraria as normas estabelecidas na Constituição, do que uma ação crimínosa.**

Considerando os sistemas normativos e o comportamento do Direito Comparado em relação a figura do foro é que identifica-se a inconstância e toda a problemática em torno desta prerrogativa no Brasil, sendo necessário restringir a sua aplicabilidade, levando sempre em consideração os limites regulados pela a lei.

A exemplo disso, temos a atual Ação Penal nº 937, julgada no dia três de abril deste ano pelo Superior Tribunal Federal, em que o Min. Luís Roberto Barroso antes do julgamento desta ação suscitou uma questão de ordem, trazendo a frente duas importantes questões. A primeira questão refere-se ao sentido e alcance do foro

por prerrogativa de função. E a segunda questão é referente ao momento da fixação definitiva da competência do STF.

Diante deste tema o Min. Luís Roberto Barroso, relator da referida ação fixou a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal. (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018).

Na presença da referida decisão quando se falar crimes praticados por Deputados e Senadores, o Min. Barroso percorreu pela tese de que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o mandato e que sejam relacionados a ele, e que a competência será firmada após o final da instrução processual, como o intuito de evitar dano ao processo caso o agente deixe de exercer tal função. Como resultado aplicou novo entendimento ao caso concreto, determinando a baixa da ação penal

referente ao Inquérito 687 o Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento.

Para uma melhor compreensão da matéria se faz necessário realizar a análise dos dois argumentos utilizados para a construção do bojo da decisão que culminou em novos parâmetros para aplicação do instituto do foro privilegiado.

3.1 Análise do novo sentido e alcance dado ao foro por prerrogativa de função após o julgamento da Ação Penal nº 937

O foro por prerrogativa de função foi fundado na necessidade de assegurar a independência a órgãos e livre exercício de cargos que tenham um conteúdo público que atue de forma relevante para sociedade, de forma que se justifica o fato da competência originária seja distribuída para tribunais de maior hierarquia, ao ponto de evitar ou reduzir a utilização política do processo penal contra titulares de mandato eletivo ou altas autoridades.

De tal modo, o foro foi criado tão somente para garantir o livre desempenho da função pública, não fazendo sentindo de maneira alguma o fato deste ser estendido a crimes cometidos antes da investidura, não cabendo também aos crimes cometidos depois desta, que sejam estranhos a função pública, como por exemplo, os crimes comuns, que nada têm a ver com tal exercício público. Nesse contexto para o Min. Barroso (2018) apud Brasileiro (2018, p. 498):

A situação atual revela a necessidade de mutação constitucional. Isso ocorre quando a corte muda um entendimento consolidado, não porque a anterior fosse propriamente errado, mas porque a realidade fática mudou, ou porque a percepção do Direito mudou. [...] Consignou que a nova interpretação prestigia os princípios da igualdade e republicano, além de assegurar às pessoas o desempenho de mandato livre de interferências, que é o fim pretendido pela norma constitucional.

Em decorrência de tal entendimento fica evidente que a nova linha interpretativa ou a chamada redução teleológica do instituto do foro é fundamentalmente plausível, diante da mutação social e do próprio direito, já que a figura do foro vinha sendo usada como uma arma contra a democracia e o livre exercício do poder jurisdicional do Estado.

Diante da justificada necessidade de mudança no entendimento do STF, fixou-se a tese de que:

As normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo em razão dele. (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018).

A redução da interpretação da figura do foro está fortemente concretizada por tal argumento utilizado pelo o Min. Barroso, ao ponto que esta limitação fará com que a aplicação desta figura seja eficaz e legítima, fundada no sentido para qual foi criada.

3.2 Análise do novo momento da fixação definitiva da competência do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da Ação Penal nº 937

Para corroborar com o sentido e delimitar a aplicação da figura do foro por prerrogativa de função é necessário que seja escolhido um lapso temporal para sua aplicabilidade, ao par que esta foi a intenção da Suprema corte no momento que decidiu estabelecer este marco.

Afim, de evitar um constante deslocamento da competência das ações penais, ao tempo que essa situação causa uma grande instabilidade ao sistema jurídico como um todo, com evidente prejuízo para eficácia, racionalidade e principalmente a

credibilidade do sistema penal brasileiro, fixou-se a tese pelo a Suprema corte que:

Após o final da instrução processual, coma publicação de despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018).

Observa-se que tal tese tem o escopo de fixar um limite ao deslocamento das ações que são julgadas de acordo com o foro, visando sanar todos os efeitos danosos deste deslocamento.

Esse marco temporal faz parte de precedentes consolidado no STF, por se tratar de um marco objetivo, e de fácil aferição que deixa pouca margem de manipulação para discricionariedade da decisão dos tribunais de declínio de competência. Sendo importante ressaltar que essa nova linha interpretativa deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, considerando todas as decisões proferidas com base na jurisprudência anterior.

3.3 Análise da Ação Penal nº 866 diante novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça

É fato que o novo entendimento alhures citado agora fixado pela a Suprema Corte é de suma importância para o sistema jurídico como um todo, levando em conta que todo entendimento que advêm do maior grau hierárquico do ordenamento ocasiona grandes e notórias mudanças, passando a ser parâmetro para os tribunais julgarem situações semelhantes.

Nesse sentido o Min. Luiz Felipe Salomão justificou a aplicação do Princípio da Simetria, ao examinar a Ação Penal nº 866, que está tramitando no Superior Tribunal de Justiça:

Diante da recente e notória decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar questão de ordem na AP 937, da

relatoria do Ministro Roberto Barroso, conferindo nova e conforme interpretação ao art. 102, I, b e c da CF, assentando a competência da Corte Suprema para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados no exercício e em razão da função pública, e que tem efeitos prospectivos, em linha de princípio, ao menos em relação às pessoas detentoras de mandato eletivo com prerrogativa de foro perante este Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "a"), faz-se necessária igual observância da regra constitucional a justificar eventual manutenção, ou não, do trâmite processual da presente ação penal perante a Corte Especial deste Tribunal Superior. (STJ. Ação Penal nº 866. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 07/05/2018).

Perante a tese alhures citada é possível observar que o Min. Salomão, sentiu a necessidade de adequar esta ação ao novo entendimento da Suprema Corte, invocando que deve haver a simetria entre julgamentos que regulem sobre a mesma matéria, e conseqüentemente a manutenção desses, como é o caso da figura do foro, como o fim de respeitar os efeitos prospectivos do novo entendimento colocado pela a Ação Penal nº 937.

Ainda nesse caminho o Min. Salomão, segue expondo a defesa de seu argumento a exposição do caso concreto que é objeto da Ação nº 866:

[...] 4. No caso em exame, é ação penal na qual foi ofertada denúncia em face de RICARDO VIEIRA COUTINHO, atual Governador do Estado da Paraíba, pela suposta prática de 12 (doze) crimes de responsabilidade de prefeitos (art. 1º, inciso XIII, do DL 201/67), decorrente da nomeação e admissão de servidores contra expressa disposição de lei, ocorridos entre 01.01.2010 e 01.02.2010, quando o denunciado exercia o cargo de Prefeito Municipal de João Pessoa/PB, ou seja, delitos que, em tese, não guardam relação com o exercício, tampouco teriam sido praticados em razão da função pública atualmente exercida pelo denunciado como Governador. Nessa conformidade, reconhecida a inaplicabilidade da regra constitucional de prerrogativa de foro ao presente caso, por aplicação do princípio da simetria e em consonância com a decisão da Suprema Corte antes referida, determino a remessa dos autos

ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, para distribuição a uma das Varas Criminais da Capital, e posterior prosseguimento da presente ação penal perante o juízo competente. (STJ. Ação Penal nº 866. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 07/05/2018).

Ao examinar tal ação o Min. Salomão constatou que o réu não tinha direito para usufruir do foro por prerrogativa de função, pois os crimes foram cometidos quando ainda era prefeito, e que diante do novo entendimento da Suprema Corte, o lapso temporal da prática da conduta nada tem a ver com a sua atual função de governador, de modo que se faz necessário a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do estado da Paraíba.

Assim, em conformidade com esta nova decisão do STF e para melhor entendimento de como essa mudança irá se comportar na aplicação do caso concreto, fundamenta-se a exposição com caráter exemplificativo da Ação Penal nº 866. O posicionamento do Min. Salomão legitimou-se também no artigo 25 da Constituição, regulando que é dever dos Estados organiza-se e regue-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição, entendendo necessário, a adoção de interpretação restritiva das competências constitucionais.

4 Conclusão

O foro por prerrogativa de função surgiu com intuito de garantir um julgamento justo e imparcial das pessoas que ocupam a função pública, fundado na Constituição Federal e nos princípios por ela preservados, o foro vem percorrendo um caminho de grandes mudanças, diante da deturpação do sentido para qual foi criado. Devido a amplitude da aplicabilidade do atual modelo do foro, essa prerrogativa tornou-se responsável por várias consequências graves para a justiça brasileira e para as cortes que tem a obrigação de processar e julgar esse tipo de ação, gerando uma disfuncionalidade desta figura.

Existem dois pontos primordiais levantados em consideração a partir dessa disfuncionalidade, em especial ao seu comportamento no STF. O primeiro é que esse não funcionamento afasta o tribunal do seu verdadeiro papel de corte suprema, que é de conceber teses jurídicas e não de proferir julgamentos de fatos e provas, partindo do princípio que o juízo de primeiro grau tem melhores condições para acompanhar a instrução processual, tanto por está mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser melhor aparelhado para processar tais demandas com a suprindo devidas necessidades.

A segunda consequência é a ineficiência do sistema na justiça criminal, sendo um dos principais pontos que norteiam toda a problemática que norteia a figura do foro por prerrogativa de função. Na situação atual da justiça criminal, a figura do foro contribui para o enorme congestionamento das demandas levadas aos tribunais, principalmente ao STF, tornando ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e condenações.

Essa ineficiência frustra importantes valores constitucionais, como o princípio da probidade e moralidade administrativa, causando um sistema disfuncional, lento e ineficaz, culminando na prescrição da pretensão punitiva de vários julgamentos ou ações.

Portanto, conclui-se que a redução interpretativa na figura do foro veio para sanar as consequências deixadas pelo o entendimento anterior, já que essa amplitude afeta claramente o sistema penal brasileiro e os preceitos constitucionais, deturpando também o poder jurisdicional do Estado.

De modo que o novo entendimento firmado pela a Ação nº 937 será sem sombra de dúvidas um grande instrumento de apoio para o melhor funcionamento do sistema jurídico penal como um todo, trará de volta o cumprimento do real sentido da figura do foro por prerrogativa de função, que é de proteger a função pública e garantir que eventual julgamento percorra um caminho justo, eficiente e eficaz.

Em tempos de tanta insegurança jurídica e diante de tantos escândalos políticos que afetam de forma estrondosa a fé social no Poder Judiciário, a mudança na postura da Corte Suprema de um país, por reconhecer que seu entendimento anterior não está cumprindo com o seu papel e que em consequência disso a Justiça e o Estado Democrático de Direito estão sendo feridos, se faz a importância desse estudo, ao passo que é intuito demonstrar que o Direito só faz sentido se seguir um caminho probó e viável na sua aplicabilidade no caso concreto, e não apenas por está consolidado em leis e normas, e disse-se ainda que é obrigação dos operadores de direito estarem sempre sensíveis para observar as necessidades e mudanças da sociedade, pois esta é de longe a sua principal obrigação ao exercer tão honrosa função de operar a justiça através do Direito.

Referências

AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. O fim do foro especial por prerrogativa de função. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO PENAL Nº 937. QO/RJ. PROCESSO FÍSICO. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROC.: PROCURADOR- GERAL DA REPÚBLICA. RÉU: MARCOS DA ROCHA MENDES. ADVOGADO: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)**. Relator Ministro Roberto Barroso. 03 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AÇÃO PENAL Nº 866 – DF (2013/0258052-5) (F). MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RÉU: RICARDO VIEIRA COUTINHO. ADVOGADO: SHEYNER YASBECK ASFORA - PB011590. DESPACHO. 1. FL. 44/45 - A DEFESA DE RICARDO VIEIRA COUTINHO.** Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. 07 de abril de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/500044099/acao-penal-apn-866-df-2013-0258052-5>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

BRASILEIRO, Renato Lima. **Manual de processo penal.** 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Entenda a decisão do STF que restringiu o foro por prerrogativa de função prevista para Deputados Federais e Senadores.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2018/05/entenda-decisao-do-stf-que-restringiu-o.html>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

DIEGUES, Leonardo et al. **Brasil possui ao menos 58 mil autoridades, de 40 cargos, com foro especial.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/brasil-possui-ao-menos-58-mil-autoridades-de-40-cargos-com-foro-especial.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsfolha>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Maria Isabel Barroso Mendes. **Foro privilegiado: ofensa ao princípio da igualdade?** . 2014. 22f. TCC (Graduação em Direito) – Centro Universitário Uninovafapi, Teresina, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Pornografia de vingança: a inexistência de um tipo penal específico no Brasil

Railma Samera dos Aflitos¹

Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães²

1 Introdução

Este artigo objetiva analisar a ausência de legislação específica quanto ao bem jurídico que se pretende tutelar quando a conduta se amolda como pornografia de vingança.

É cediço que hodiernamente o mundo é uma aldeia global, sendo a propagação de uma imagem, vídeo ou similares instantaneamente compartilhadas para milhares de pessoa em um curto espaço de tempo. Dentro desse contexto de globalização, surge uma nova conduta que deve ser reprimida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A nomenclatura dessa conduta que comumente se utiliza, vem de uma expressão de origem norteamericana, “*revenge porn*”, que em tradução livre significa pornografia de vingança, consistente na divulgação não autorizada de conteúdo que envolve a exibição de

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: raylmashameradd@gmail.com

² Especialista em processo penal. Docente, Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: vivianerios2005@gmail.com

momentos de cunho íntimo, com a pretensão de humilhar e expor a vítima ao escárnio social.

É perceptível que o uso da internet vem crescendo de maneira exponencial, possibilitando assim, que a divulgação de imagens íntimas possa em instantes viralizar na rede mundial de computadores.

Considerando isso, advém a importância do presente estudo. Propõe-se analisar o porquê da inexistência de legislação específica. Pretende-se ainda analisar o bem jurídico tutelado e os projetos de lei que propõem a criação de legislação específica para conduta.

Diante do crescente número de casos relacionados à pornografia de vingança, questiona-se qual seria o motivo para a não imediata previsão no ordenamento jurídico?

Por carecer de tipificação em lei específica, é encaixada tal conduta aos moldes dos crimes contra a honra, que estão dispostos no Capítulo V, do Código Penal, que dependendo do *quantum* de pena cominada e sendo preenchidos os demais requisitos do art. 44, poderá o indivíduo ser responsabilizado pela conduta tendo sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direito.

A construção do presente estudo utilizará pesquisa bibliográfica, baseando-se em artigos científicos, entendimentos doutrinários e em consulta à legislação.

O trabalho será estruturado em cinco itens. O primeiro abordará o aspecto histórico da pornografia de vingança. Por conseguinte explanar-se-á sobre o bem jurídico violado. Em seguida, serão elencados os casos de pornografia de vingança, bem como a pornografia de vingança: criminalização e tipificação no contexto criminal brasileiro. E por fim, o quinto item mencionará os projetos de lei em tramitação.

2 Breve histórico sobre a pornografia de vingança

A expressão Pornografia de Vingança é a tradução brasileira do termo em inglês “*revenge porn*”, que é essencialmente de origem norte-americana. Essa expressão pode ser conceituada como uma

forma de violência moral com conotação sexual consistindo na divulgação de fotos ou vídeos pelos meios tecnológicos como computadores e principalmente por celulares através do envio desse conteúdo para as redes sociais envolvendo: nudez, sexualidade, orgias, sexo explícito, sexo grupal ou similares sem o consentimento do indivíduo envolvido com intuito de humilhar e expor a vítima ao ridículo perante a sociedade.

A Pornografia de Vingança é uma espécie do gênero “pornografia não-consensual” que para Buzzi (2015, p. 29-30):

[...] envolve a distribuição de imagens sexualmente gráficas de indivíduos sem o seu consentimento. Este gênero inclui desde fotos/vídeos registrados originalmente sem o consentimento da pessoa envolvida – como gravações escondidas ou gravações de agressões sexuais –, bem como fotos/vídeos registrados com consentimento, geralmente no contexto de um relacionamento privado ou até mesmo secreto – como gravações disponibilizadas consensualmente a um parceiro que, mais tarde, distribui-as sem o consenso do outro envolvido. É este último caso que se convencionou chamar pornografia de vingança.

No entender de Paula e Ferreira (2016, p. 6) “como o próprio nome pressupõe, trata-se de meio de vingança, intencional e que objetiva causar danos morais e psicológicos à parte lesada. A divulgação desse material busca envergonhar, humilhar e causar pânico à vítima [...]”.

As pessoas vítimas desse tipo malicioso de exposição na internet são estigmatizadas, ridicularizadas, humilhadas, sofrem intimidações, assédios e são terrivelmente perseguidas.

Não se pode afirmar com exatidão quando efetivamente se deu a prática da pornografia de vingança, no entanto, com precisão esclarece Buzzi (2015, p.30) que:

Apesar de não haver remissão exata do início da prática de pornografia de vingança, em 2000, o pesquisador italiano Sergio Messina notou crescer, entre os usuários da Usenet, uma das mais antigas redes de comunicação por computador, um novo gênero

de pornografia que se destacava dos marcadores tradicionais de hardcore e softcore por sua autenticidade e realismo total, nomeada por ele “realcore pornography” (pornografia amadora, em tradução livre): tratava-se de fotos e vídeos de ex-namoradas dos usuários do site, compartilhadas entre os próprios membros.

Em 2008, em um site de conteúdo pornográfico chamado “XTube” foi publicada na própria página do site que este vinha recebendo um número considerável de reclamações (duas ou três) por semana em virtude dos vídeos expostos sem o consentimento das mulheres envolvidas. As mulheres alegavam serem vítimas de ex-companheiros ou parceiros.

Em pouco tempo houve um crescimento vertiginoso de sites e blogs que se dedicavam a pornografia do não consentimento, o conteúdo era variável, pois estes sites e blogs hospedavam conteúdo que continham vídeos reais ou simulados alimentando assim a indústria pornô.

No ano de 2010, um jovem de origem neozelandesa foi sentenciado a prisão por publicar na internet conteúdo pornográfico de sua ex-namorada com o intuito de vingança. Este lamentável episódio foi a primeira sentença proferida versando sobre a pornografia de vingança.

Com precisão em suas palavras, Buzzi (2015, p. 31) assevera que:

Apesar dos precedentes, foi apenas após a criação do site “IsAnyoneUp” (“Tem alguém afim?”, em tradução livre) pelo australiano Hunter Moore que a pornografia de vingança ganhou a atenção internacional da mídia. O site, que se autointitulava “especializado em pornografia de vingança”, permitia aos usuários enviarem fotos de pessoas, em sua maioria mulheres (ex-parceiras, conhecidas, desconhecidas, famosas, etc.) nuas que, após certificar de que vítima era maior de 18 anos, disponibilizava a foto para o acesso livre de todos os visitantes. Ainda, foi o primeiro a incluir, juntamente com as fotos, o nome completo, emprego, endereços e perfis das redes sociais da vítima.

O australiano Hunter Moore, dono do site que se auto intitulava “especializado em pornografia de vingança”, em 2012 decidiu vender o domínio do site, pois alegava estar cansado de ter que enfrentar problemas na seara jurídica. Já se passando dois anos da referida venda do domínio do site, em 2014, o mesmo foi preso pela polícia federal norteamericana sendo acusado de crimes por acesso não autorizado em computadores com o objetivo de obter lucro através da venda das informações extraídas de terceiros (BUZZI, 2015).

Em 2012, um grupo americano que visava defender os direitos civis no “mundo virtual” (o grupo Cyber Civil Rights) foi um dos primeiros a iniciar uma campanha na internet em oposição a já famigerada pornografia de vingança.

No ano de 2014, o Estado de Israel foi o pioneiro em criminalizar a pornográfica de vingança e a pena para este crime é prisão de até 5 (cinco) anos.

O tema, pornografia de vingança, vem tendo uma enorme repercussão no cenário mundial ocasionado em grande parte pelo uso fácil das mídias digitais, sendo uma maneira fácil e ágil de ridicularizar alguém.

2.1 Pornografia de Vingança no Brasil

O uso da internet no Brasil vem exponencialmente crescendo, muito embora isso tenha um aspecto positivo em termos de acesso da população as mídias digitais é inquestionável o potencial de viralização que um vídeo ou foto de conteúdo oriundo de nudez explícita e similares podem ter dentro do âmbito da rede mundial de computadores.

E isso é o que os autores dessa exposição, não consensual, almejam ao expor suas vítimas, querem notoriedade das vítimas, que todos sabiam do conteúdo exposto para que assim sua ‘vingança’ possa ser concretizada.

Recentemente houve um significativo aumento dos casos em que mulheres têm vídeos e/ou fotos íntimas divulgados na rede mundial de computadores – internet – por parceiros ou ex-parceiros que, na maioria dos casos, não se conformam com o fim do romance ou término do relacionamento. Em seus atos de violação, objetivam atingir a integridade moral e psíquica da mulher. Em suas percepções de mundo, a exposição da mulher em atos de natureza sexual servirá para denegri-la socialmente e, considerando que a sociedade ainda exige da mulher – e não do homem – uma postura sexual mais pudica, contida e moralmente adequada aos padrões sociais e religiosos dominantes, o autor da exposição alcança, com bastante facilidade, o seu intento. (DRESCH; GUIMARÃES, 2014 *apud* FREITAS, 2015, p. 5).

Dados coletados pela SaferNet Brasil, que é uma organização que objetiva investigar conjuntamente com o Ministério Público a prática contra os direitos humanos no âmbito da internet. Essa organização apresentou alguns indicadores dos meses entre janeiro e dezembro de 2012, na qual foram registradas 48 denúncias, em relação ao ano de 2013 essas denúncias chegaram ao número de 101, ou seja, o aumento em porcentagem foi de 110%. Já no ano de 2014, entre os meses de janeiro a junho, as denúncias registradas foram 108 (FREITAS, 2015).

Segundo Freitas (2015, p. 5):

O estudo Sexting no Brasil: uma ameaça desconhecida realizado através da consultoria de tecnologia eCGlobal Solutions pôde evidenciar, através de entrevista com cerca de 2 mil brasileiros, quem mais recebe e compartilha imagens íntimas são os homens, o equivalente a 64%. A partir desses dados podemos compreender que a pornografia de vingança é também uma violência de gênero.

A violência de gênero imprimida na conduta da pornografia de vingança é apenas mais um dos reflexos que subsistem no mundo real, ou seja, as relações no cenário social e até mesmo moral ainda detêm influências do machismo que é fruto de uma sociedade ainda nos moldes patriarcais na qual a exposição de um ato sexual tendo

como indivíduo uma mulher é tido como um comportamento inapropriado e por isso, digno de repressão.

Nesse contexto, Buzzi (2015, p. 41) com sua habitual precisão salienta que:

[...] as mulheres figuram como as maiores vítimas da pornografia não-consensual; as que mais buscam ajuda online quando confrontadas com o vazamento de material íntimo na rede; e as que menos se sentem seguras em compartilhar gravações próprias na internet.

Infelizmente, na maioria das vezes, a vítima é do gênero feminino e são elas apontadas, escrachadas e desprezadas. É discrepante o tratamento dado a uma mulher em relação a um homem em uma situação delicada como essa, pois com o homem a reação da sociedade é diferente, acontecendo isso, o homem apenas é visto como viril, sua masculinidade chega até a ser exaltada e dificilmente sofre constrangimentos irreparáveis, sendo assim “difícil entender o porquê destas atitudes, afinal o homem também se faz protagonistas nos vídeos íntimos. Mas ela será a única a levar as consequências do fato” (MOTA, 2015, p. 30-31).

Portanto, é notório que a mulher é em muitos casos julgada culpada por exercer sua liberdade sexual e essa postura social é tão grave que se chega a esquecer que a culpa não é da vítima exposta e sim de quem de forma ilícita divulga o material contendo cenas íntimas daquela.

2.2 Violação aos Direitos da Personalidade

Na Constituição Federal de 1988, é assegurado a todos o direito quanto a personalidade na qual abrange a intimidade, privacidade, honra, imagem etc. Essa garantia é de ordem constitucional e no art. 5º, inciso “X”, no capítulo concernente aos direitos e garantias fundamentais é previsto que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Como direitos da personalidade entende-se como bens intrinsecamente relacionado ao indivíduo de forma perpétua e permanente. Com precisão, Beltrão, 2005 (*apud* ANDRADE, 2015, p. 21) assevera: “os direitos da personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana”.

Para Andrade (2015, p. 21):

Os direitos da personalidade são caracterizados por serem uma categoria especial de direitos subjetivos que, são fundados na dignidade da pessoa humana, assim são inerentes à própria pessoa, a sua individualidade física, a sua experiência de vida moral e social, garantindo o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais e físicas.

Na Lei nº 10.406, que instituiu o Código Civil brasileiro, precisamente no art. 11 o legislador infraconstitucional conceitua o direito da personalidade aludindo que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, é cediço que o indivíduo tem direito a coibir qualquer tipo de divulgação relacionada a sua imagem da qual não se tenha concedido autorização para sua publicação. Não se deve olvidar que dentro do âmbito do direito da personalidade está inserido além da proteção a imagem, o direito à intimidade, a privacidade, e da honra, que nesse sentido, compreende-se como intimidade a esfera mais particular da vida de uma pessoa, tendo esta o direito ao recato do seu lar e em suas relações sem ter a intromissão de terceiros.

O direito à privacidade diz respeito ao direito que toda pessoa (seja física ou jurídica) tem de se reservar do conhecimento dos demais indivíduos, controlando assim as informações que deseja ou não

expor. Já a palavra honra, diz respeito a reputação que determinada pessoa tem no seio social sendo que é subdividida em honra objetiva (o que as pessoas pensam sobre determinado indivíduo) e a honra subjetiva (o que o próprio indivíduo pensa de si).

Hodiernamente, as violações quanto ao direito da personalidade têm se tornado cada vez mais comuns, visto que, as facilidades de acesso à internet vêm propiciando a disseminação de conteúdos que violam o direito da personalidade.

Na visão de Andrade (2015, p. 25), “na rede mundial de computadores a forma como as informações se espalham são de forma inimaginável e em rápida velocidade, sendo muitas vezes de difícil previsão do seu alcance e de quem irá ter acesso à informação”.

Sobre a temática, com precisão aduz Paula e Ferreira (2016, p. 1) que “as redes sociais e os aplicativos de compartilhamento de mensagens têm se tornado um terreno bastante fértil para a propagação de crimes virtuais, ou seja, ilícitos praticados por meio da Internet, causadores de danos do tipo material ou moral”.

3 Bem jurídico violado

Embora com o advento da evolução tecnológica, onde se possibilitou a globalização, entendendo até mesmo o mundo como uma aldeia global, muitas concepções patriarcais ainda persistem. A exposição livre do corpo e da sexualidade ainda encontram limitações quanto aos pensamentos carregados de conservadorismo, pois esse tipo de comportamento é visto por grande parte da sociedade como uma forma de degradação da própria moral.

Dentro do contexto histórico sociológico é notório a imposição há séculos de padrões de comportamentos dedicados a cada gênero (feminino/masculino) sobre o que se deve ou não fazer no ambiente privado.

Nesse soar há uma dicotomia quanto ao bem jurídico que se almeja tutelar quando se fala de pornografia de vingança, seria mais

uma forma de violência de gênero tendo como conduta enquadrada aos moldes da Lei 11. 340/2006 (Lei Maria da Penha) ou apenas a tutela da honra do indivíduo lesado? Ou seria os dois bens anteriormente citados: a violência de gênero e a honra?

De forma objetiva, Lins (2016, p. 254) tece algumas ponderações sobre o tema:

As propostas legislativas referentes à criminalização da “pornografia de vingança” permitem indagações sobre as possibilidades e limitações da justaposição das categorias políticas e jurídicas “pornografia de vingança” e “violência doméstica”. Definir “pornografia de vingança” em termos jurídicos significa estipular algumas fronteiras: quais casos seriam, de fato, entendidos como tais? Quais os agravantes tornariam certos atos mais condenáveis? Que mulheres poderiam lançar mão da normativa jurídica? Que normativas de gênero e sexualidade estariam presentes nessas escolhas? De que maneira as reinvidicações de criação de normas específicas para a “pornografia de vingança” modificariam a Lei Maria da Penha, seus significados e manuseios; e, por sua vez, quais as limitações e possíveis significados da utilização da Lei Maria da Penha tais crimes virtuais?

Já no entender de Mocho (2016, p. 41), a “Pornografia de Vingança mostra-se como uma das modalidades de violência doméstica, qual seja, a violência psíquica, tanto quando ocorre a efetiva divulgação das imagens/vídeos por seus companheiros íntimos,” e ainda enfatiza “como também, quando os mesmos, com o intuito de manter o romance, utilizam-se desses materiais para chantagear as parceiras, para que elas não terminem o relacionamento” (OLIVEIRA, 2015 *apud* MOCHO, 2016, p. 41).

Percebe-se, claramente, que tanto a violência psicológica como a violência moral são plenamente caracterizadas nos casos de pornografia de vingança. As ameaças sofridas antes da liberação do conteúdo e sua consequente intimidação e manipulação, a humilhação causada às vítimas e o isolamento decorrente são condutas praticadas por parceiros e ex-parceiros que implicam em

prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação e ao desenvolvimento pessoal da mulher (BUZZI, 2015, p. 76).

Imperioso se faz mencionar que a violência psicológica vem alcançando números alarmantes, pois de acordo com a Secretaria de Políticas para as Mulheres, o percentual de denúncias registradas relacionadas a esse tipo de violência chega a aproximadamente 31% (SILVA; PINHEIRO, 2017).

Repetindo-se o conceito supracitado, a pornografia de vingança, como o próprio nome ressalta, consiste na vingança do agressor em expor a vítima em situações íntimas ante o término do relacionamento amoroso.

Com clareza, Silva e Pinheiro (2017, p. 247) obtemperam que:

Diante da ocorrência dessa modalidade criminosa, observa-se que as consequências vivenciadas pela exposição pejorativa em ambiente virtual comprometem a integridade física e mental da mulher, possuindo clara configuração de violência intrafamiliar de gênero, sendo o comportamento do agressor deliberado e consciente [...].

Percebe-se que diante do assunto abordado, a Lei 11.340/2006, precisamente no art. 7º, inciso II, apresenta uma forte correlação quanto a temática, pois consoante este dispositivo legal:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

[...].

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (BRASIL, 2006).

O agressor ao se sentir no direito de expor situações de foro íntimo da vítima ao seu bel prazer, assume uma postura de como dono do corpo e da sexualidade da vítima fosse, ocasionando dessa forma “a reafirmação dos discursos socioculturais que, desaprovando o comportamento permissivo da vítima, intensificam nela o sentimento de culpa e autopunição, mesmo quando está sendo vítima de violência de gênero” (SILVA; PINHEIRO, 2017, p. 06).

Outros defendem que o bem jurídico tutelado quando ocorrer situações que configurem a pornografia de vingança seja a honra. Silva (2014, p. 211) sobre o conceito de honra, com razão sustenta que “a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades”.

No entender de Muñoz Conde, 2002 (*apud* GRECO, 2018, p. 321-322):

A honra é um dos bens jurídicos mais sutis e mais difíceis de apreender desde o ponto de vista jurídico-penal. Isso se deve, sobretudo, a sua relativização. A existência de um ataque a honra depende das mais diversas situações, da sensibilidade, do grau de formação, da situação tanto do sujeito passivo como do ativo, e também das relações recíprocas entre ambos, assim como das circunstâncias do fato.

Para Cunha, 2016 (*apud* DIAS e SANTOS, 2017, p. 9,10):

Com relação à difamação, entende que o tipo não se amolda à pornografia de vingança porque o ato de espalhar fotos ou vídeos de alguém não caracteriza a imputação de fato ofensivo, conforme expresso no artigo 139 do código penal. Mesmo que a honra objetiva - isto é, o conceito de que um sujeito goza no meio social - seja atingida, não se percebe o completo preenchimento do elemento que denota a difamação, qual seja a imputação de fato. Já na tutela da honra subjetiva do ofendido, ou seja, da sua autoestima, dignidade e decoro, a injúria pode ser o tipo penal correspondente à prática do *revenge porn*. A caracterização se dá

pela intenção de vulgarizar a vítima, atribuindo às imagens ou vídeos qualidade negativa.

O enquadramento que hodiernamente se usa para a responsabilização penal do indivíduo agressor é em relação ao crime de injúria e difamação, crimes esses contra a honra. Entretanto, mesmo comprovando a autoria e materialidade dos crimes, a pena privativa de liberdade do agente pode ser substituída por penas restritivas de direito.

4 Casos de pornografia de vingança

No Brasil, ganharam grande notoriedade os casos das jovens Francielle Santos, Thamiris Sato e Rose Leonel, todas elas embora não tenham nenhum vínculo de parentesco umas com as outras, suportaram a terrível sensação de verem suas imagens expostas de maneira abusiva.

De forma sucinta, porém objetiva, serão relatados os casos das jovens citadas acima. Os relatos expostos são frutos de pesquisas realizadas na internet coletadas com o fito exemplificativo quanto ao tema abordado por este estudo.

4.1 Francielle dos Santos Pires

Uma das primeiras vítimas a sofrer de forma famigerada a exposição de sua vida íntima foi Francielle dos Santos Pires, o caso é considerado como o de maior repercussão até o momento, quando o se refere ao termo pornografia de vingança.

A história de Fran, apelido este como ficou conhecida, teve durante 3 anos um relacionamento conturbado com o seu ex namorado. Durante o relacionamento, Fran engravidou, e isso fez com que o relacionamento ficasse ainda mais instável. Por conta das diversas brigas, a separação aconteceu, todavia, poucos meses depois reataram.

A partir desse momento, Fran, afirma que o ex namorado começou a lhe pedir que deixasse filmá-la. Embora se sentisse incomodada com a situação, ela resolveu ceder ao pedido.

Após mais uma briga, o ex parceiro resolveu compartilhar o vídeo íntimo na internet. O vídeo viralizou, e Fran logo virou motivo de piada na internet e na cidade. Ela afirma em entrevista, “eu confiei. Eu nunca imaginei que ele faria isso”. (LEMOS, 2014, p. 1).

No dia posterior ao envio dos vídeos, Francielle registrou Boletim de Ocorrência contra o ex namorado em uma delegacia especializada, na cidade em que residia, Goiânia (GO). Fran conta que no momento não deram muita importância para o que estava acontecendo com ela (BUZZI, 2015).

Francielle teve sua vida completamente modificada depois do episódio, pois perdeu o emprego que tinha, saiu da faculdade, mudou de aparência e ainda mudou de bairro (ARAÚJO, 2014).

Em 08 de outubro de 2014, o ex parceiro da vítima foi julgado pelo Juizado Especial Criminal por crime de injúria e foi condenado a prestar serviços à comunidade por 5 (cinco) meses, durante 6 (seis) horas por semana. Com tom de indignação, Francielle afirma: “tive minha imagem denegrida. Minha vida se tornou uma bagunça e ele ainda saiu rindo de mim. Não houve punição” (ARAÚJO, 2014).

4.2 Thamiris Sato

No ano de 2013, outro caso de pornografia de vingança veio à tona, a vítima se chama Thamiris Sato. A vítima se relacionou com o ex namorado em torno de 01 (um) ano e 07 (sete) meses aproximadamente. Em entrevista, relata que o início e o meio do relacionamento foram muito bons, confiava nele e os seus familiares o conheciam (CARVALHO, 2013)

Porém, ao final do relacionamento o ex parceiro de Thamiris resolveu reatar o romance através de chantagens emocionais e como era bastante insistente, por diversas vezes, acabaram reatando. Mas,

ao perceber que o 'fim' do namoro já era definitivo, começaram as ameaças proferidas por ele de expor Sato (CARVALHO, 2013).

Ao passar do tempo, as ameaças se intensificaram e Kristian, ex namorado de Sato, a ameaçou de morte. Diante disso, a estudante entendeu por bem registrar no mês de outubro de 2013, um boletim de ocorrência em uma Delegacia Especializada, contra o ex na Cidade de São Paulo. Todavia, o registro de ocorrência alterou mais ainda a ira do jovem.

No final do mesmo mês, Kristian, expôs na internet, especificamente em sites pornográficos, fotos nas quais Thamiris estava nua, e como se não fosse o suficiente, ainda divulgou o perfil de uma rede social que pertencia à Thamiris. Ela só se deu conta disso, porque recebeu mensagens de pessoas que nem conhecia. O conteúdo das mensagens recebidas eram relacionadas a troca de favores sexuais.

Com a intenção de não provocar 'alardes' e com a esperança de que tudo iria terminar bem, ela retirou todas as suas fotos das redes sociais que tinha, colheu provas e por fim, alterou a privacidade de sua conta. No entanto, mesmo se distanciando das redes sociais de forma temporária, infelizmente continuou recebendo ameaças no seu perfil de rede social feitas pelo ex, mas através de perfis falsos (BUZZI, 2015).

Diante de tal situação, a vítima entendeu por bem publicar em um perfil de rede social uma carta aberta, na qual descreve todos os momentos de angústia vivenciado por ela, onde também de forma explícita aponta como culpado o ex namorado. Após a divulgação da carta aberta, Sato conseguiu uma ordem de restrição quanto ao ex parceiro onde pôde enfim retornar ao curso de Letras que fazia.

4.3 Rose Leonel

Em 2006, Rose Leonel, jornalista e colunista da cidade de Maringá (PR), foi surpreendida ao saber que fotos suas haviam sido divulgadas, enviadas a centenas de pessoas as quais faziam parte

também conhecidos e familiares. Conta Rose, que o vazamento das suas fotos em estado de nudez, foi obra de um ex-companheiro inconformado com o fim do relacionamento.

A vítima relata em entrevista concedida a Albuquerque (2013, p. 1):

Era uma fantasia dele fotografar e filmar nossas relações. Depois de dois anos, acabei cedendo. Eu não sabia, mas dormia com o inimigo. Foi um assassinato e me considero sobrevivente de tudo isso. Todos os dias essas fotos ressurgem e preciso criar forças para tocar a vida.

Na supracitada entrevista concedida a Albuquerque (2013, p. 1), a matéria ainda salienta que:

A repercussão foi tanta, que Rose contratou um perito particular para ajudar a remover parte do material. Segundo o perito Wanderson Castilho, eram mais de sete milhões de sites com fotos da jornalista. O homem a anunciava como garota de programa e colocava os telefones pessoais dela para contato. Rose recebia mais de 500 ligações por dia de homens interessados nas divulgações.

O ex companheiro expôs de forma cruel a vítima, pois demonstrando sua audácia a cada semana nomeada em capítulos a publicação de cada novo conteúdo.

Com a exposição indevida e não consentida de sua imagem, Rose teve que enfrentar várias situações difíceis em sua vida como, por exemplo, perder o emprego, não ter mais ao seu convívio seus filhos.

O ex namorado de Rose em 2012 foi condenado a 1 (um) ano e 11 (onze) meses de prisão, desembolsando também uma quantia de R\$ 30.000,00 (trinta) mil a título de indenização (GARCIA, 2014).

Sobre a pena imposta ao agressor, Leonel desabafa em entrevista realizada por Carolina Garcia, (2014, p. 2): “Foi uma pena irrisória. Nenhum valor irá cobrir o dano que ele me causou. Esse é o problema da internet, não podemos dimensionar os seus estragos”.

A Jornalista, transformou esse incidente em sua vida levantando a bandeira do combate a pornografia de vingança. Em entrevista concedida ao Programa do Pourchat, da Record TV, (2017) , aduziu Leonel que o termo mais adequado não seria pornografia de vingança, pois gera uma conotação pejorativa, mas defende que a significação mais acertada seria divulgação de imagem íntima não autorizada ou divulgação indevida de material íntimo na internet, ainda salienta que esse termo é comumente utilizado na ONG criada por ela mesma, intitulada “Marias da Internet”, onde auxilia as vítimas que sofrem esse tipo de violência.

Das vítimas citadas alhures, todas têm em comum a exposição indevida de suas imagens feita por ex-companheiros, que inconformados com o término do relacionamento, de forma cruel decidiram ridicularizar as vítimas, causando a elas transtornos das mais diversas ordens. Portanto, foram vítimas de pornografia de vingança.

Não se pode enquadrar a exposição ocasionada a Atriz Ana Carolina Dieckmann, como pornografia de vingança, pois o contexto fático não se assemelha aos casos já relatados. Através de um clique em uma spam, hackers tiveram acesso a caixa de e-mail e posteriormente tiveram acesso a imagens que a atriz armazenava e que após tentar extorquir dinheiro da Atriz Global, e não sendo frutífera a tentativa, decidiram exibir na rede mundial de computadores as imagens íntimas da Atriz.

5 Pornografia de vingança: Criminalização e Tipificação no Contexto Criminal Brasileiro

Como a pornografia de vingança ainda não se encontra tipificada em lei específica, é encaixada tal conduta aos moldes dos crimes contra a honra, que estão dispostos no Capítulo V, do Código Penal, que dependendo do *quantum* de pena cominada e sendo preenchidos os demais requisitos do art. 44, do diploma repressivo

pátrio, poderá o indivíduo responsabilizado pela conduta ter sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direito.

Dos crimes contra a honra, os que mais comumente são utilizados na tentativa de proteger as vítimas são os crimes de injúria e de difamação, quanto a isso, segue a tipificação desses crimes no Código Penal:

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

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

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940).

Note-se que a pena mínima cominada para os crimes de difamação e injúria são três meses e um mês respectivamente. Sendo assim, o delito pode ser de competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), no rito Sumaríssimo, tendo em vista, que a pena não ultrapassa 2 (dois) anos, considerando, por óbvio, a não incidência na modalidade qualificada de injúria, e a não ocorrência de concurso dos crimes supramencionados, que ocorrendo, é de competência da Vara Criminal Comum.

Mocho (2016, p. 36) obtempera que:

A diferença entre qual artigo utilizar, vem da gravidade da situação na qual a vítima se encontra. Se a situação for menos grave, somente a publicação da imagem, ou montagem, sem xingamentos, ou ofensas, utiliza-se da difamação. Se for caracterizado dessa forma, o autor ainda pode fazer uma retratação se eximindo da pena (sic).

No entanto se a publicação da imagem ou vídeo vier acompanhada com algo que fira a dignidade da vítima, como receber mensagens com obscenidades, ser acostada e confrontada por conta da imagem de maneira pejorativa, o crime é caracterizado com injúria.

Infelizmente, reafirma-se que a pornografia de vingança ainda carece de legislação específica, pois o enquadramento a outros tipos incriminadores resta como insuficiente, pois a vítima tem uma grande sensação de impunidade, uma vez que, à luz do caso concreto, se o indivíduo fizer variadas montagem com *animus difamandi* e dessa conduta não vier associada de palavras insultantes, a prática de tal conduta apenas se amolda nos termos de difamação, podendo o autor do delito apresentar retratação, se eximindo da pena.

6 Projetos de lei

É notória que a prática dessa conduta vem se tornando cada vez maior. Diante disso, há vários Projetos de Lei em tramitação no

Congresso Nacional, tendo como pretensão, a tipificação na seara penal da pornografia de vingança.

Importante mencionar que dos vários Projetos apresentados, muitos foram apensados ao PL nº 5555/13 e PL nº 6630/13 por possuir conteúdo parecido. Por esse motivo, serão explanados com maior profundidade, os Projetos de Lei 5555/13 e 6630/13 que divergem em alguns aspectos quanto as suas propostas.

6.1 Projeto de Lei nº 5.555/ 2013

Um dos primeiros Projetos de Lei visando a responsabilização pela propagação de conteúdo íntimo, foi o Projeto de Lei nº 5.555 de 09 de maio de 2013, de autoria do Deputado Federal João Arruda. O Projeto foi aprovado em 21 de fevereiro de 2017, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, que tem como fimto modificar a Lei 11. 340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, para tipificar nova forma de violência doméstica e familiar contra a mulher (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Posteriormente, a matéria foi enviada ao Senado Federal. Em contrapartida, o texto apresentado pela casa iniciadora (Câmara dos Deputados) foi reformulado pela casa revisora (Senado Federal). A Relatora do Projeto no Senado, Gleisi Hoffaman nesse sentido assim procedeu:

Em seu substitutivo, Gleisi reformulou o novo dispositivo sugerido pelo PLC 18/2017 ao Código Penal. Assim, o tipo penal proposto passou a ser a ‘divulgação não autorizada da intimidade sexual’, com pena ampliada e novas circunstâncias para seu aumento de um terço à metade. Também seria enquadrado aí quem permitir ou facilitar, por qualquer meio, o acesso de pessoa não autorizada a acessar esse tipo de conteúdo. (SENADO FEDERAL, 2017, p. 1).

Na oportunidade, ainda, a Relatora, Gleisi Hoffaman, acresceu no Projeto de Lei mais quatro causas de aumento de pena que são elas:

Prática do crime contra pessoa incapaz de oferecer resistência ou sem discernimento apropriado; com violência contra a mulher; por funcionário público no exercício de suas funções ou por quem teve acesso a conteúdo do material no exercício profissional e que deveria mantê-lo em segredo (SENADO FEDERAL, 2017, p. 1-2).

Salienta-se também que por sugestão do Senador Roberto Rocha, a Relatora, opinou pela nova tipificação penal intitulada de registro não autorizado da intimidade sexual. Para que caracterizasse o tipo seria necessário: produzir fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado, sem autorização de participante. A reprimenda para essa conduta seria de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção sendo cumulada com multa. (SENADO FEDERAL, 2017).

Gleisi também sugeriu alteração no Código Penal para que, nos crimes relativos à exposição da intimidade sexual, a ação penal seja pública e condicionada à representação. A relatora promoveu ajustes na redação de um dos dispositivos da Lei Maria da Penha para estipular a violação da intimidade como uma das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por fim, no dia 22 de novembro de 2017, mesmo ano da aprovação no Projeto na Câmara dos Deputados, foi aprovada pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania (CCJ), que o registro ou divulgação, não autorizada, de cenas da intimidade sexual de uma pessoa, conhecida por “vingança pornográfica”, terá punição prevista de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão mais multa. Após aprovação seguiu em regime de urgência para o Plenário da casa (SENADO FEDERAL, 2017).

Além de incluir a pornografia de vingança como um crime relacionado a gênero, o Projeto elenca sanções mais duras para aqueles que venham divulgar cenas íntimas não autorizadas. O tema foi debatido pelo Congresso Nacional e teve como pano de fundo os inúmeros casos de divulgação não consentida. Sendo assim, importa

dizer que o Projeto reside no combate a violência praticada contra a mulher.

6.2 Projeto de Lei nº 6.630/2013

Este Projeto de Lei de autoria de Romário, então Deputado Federal na época, diferencia-se do Projeto de Lei nº 5.555, o primeiro objetiva inserir no ordenamento jurídico brasileiro a conduta de divulgação indevida de material íntimo como um tipo penal específico, o segundo, almeja a alteração nos artigos contidos na Lei 11.340/2006.

A tipificação do novo tipo incriminador sugerido na proposta, apresenta conteúdo mais detalhado e portanto merece ser retrotranscrito:

Divulgação indevida de material íntimo

Art. 216-B. Divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de nudez, ato sexual ou obsceno sem autorização da vítima.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

§1º Está sujeito à mesma pena quem realiza montagens ou qualquer artifício com imagens de pessoas.

§2º A pena é aumentada de um terço se o crime é cometido:

I - com o fim de vingança ou humilhação;

II - por agente que era cônjuge, companheiro, noivo, namorado ou manteve relacionamento amoroso com a vítima com ou sem habitualidade; §3º A pena é aumentada da metade se o crime é cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa com deficiência. (NR) (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2017, p. 1).

Entretanto, hodiernamente o Projeto de Lei está apensado com o Projeto nº 5.555/ 2013, desde o dia 06 de novembro de 2013,

pois consoante a última ação legislativa encontrada, datada do dia 21 de fevereiro de 2017, foi “declarado prejudicado em face da aprovação do Substitutivo adotado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao PL 5.555/2013, principal. (Sessão Deliberativa Extraordinária de 21/2/2017)”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017, p. 1).

O então Projeto, em relação a técnica jurídica, se encontra melhor estruturado do que o primeiro supramencionado, pois seu intento não é apenas trazer nova modificação ao texto de Lei infraconstitucional, mas também de inserir novo dispositivo legal, buscando de forma mais técnica criminalizar a conduta prevendo assim uma nova capitulação de cunho específico dentro do próprio Código Penal vigente.

7 Conclusão

É cediço que o direito, área afeta das ciências humanas, não se encontra no campo estático, e nunca deve estar, pois se faz necessário diante das constantes mudanças sociais que o direito tente acompanhar as modificações advindas no decorrer dos anos, com o intuito de alcançar os anseios da sociedade que tanto almeja uma resposta jurisdicional mais eficaz.

O debate sobre a criminalização específica da conduta descrita como pornografia de vingança é relativamente recente na seara penal e nesse soar, objetivou-se investigar o porquê da inexistência de legislação específica. Com isso, chegou-se à conclusão que diante do contexto histórico a ausência de tipificação específica se explica porque anteriormente não se cogitava a existência dessa conduta, pois não havia a necessidade de uma tipificação voltada a inibir divulgação não consensual de imagem íntima.

Todavia, percebe-se que hodiernamente de forma exponencial o número de casos que se configuram como pornografia de vingança vêm crescendo. Contudo, na contramão do crescente aumento de casos está o ordenamento jurídico brasileiro que se encontra carente

de uma tipificação específica como medida punitiva-repressiva suficientemente adequada para coibir a ação dos agressores.

Na pesquisa realizada, objetivou-se ainda, analisar o bem jurídico tutelado que conforme explicitado, a conduta é enquadrada nos crimes contra a honra, sendo em muitos casos convertida a pena imposta para o agressor, em pena restritiva de direito dada o *quantum* fixado aos crimes dessa natureza.

Foram expostos dois dos Projetos de Lei que tratam sobre o tema, entretanto, ainda residem no plano abstrato, visto que não foram sancionados e incluídos como tipo específico no Código repressivo. Imperioso ressaltar que o teor trazido no bojo dos projetos mostra-se como uma tentativa de responder aos reclamos ecoados pela sociedade que de forma mais pontual é a população feminina, alvo desse infortúnio.

Frisa-se que as consequências para a vítima são na maioria das vezes incalculáveis, já que a exposição não consentida além de ser um meio extremamente aviltante, ainda vem carregado dos mais variados constrangimentos, tais como: o desprezo social configurado nos julgamentos antecipados e maldosos que tentam colocar em descrédito a respeitabilidade da vítima e o isolamento social em que a vítima é obrigada a ficar por algum tempo, na esperança de que tudo caia no esquecimento popular, no entanto, nesse prazo, a vítima pode desenvolver até mesmo depressão diante das pressões que tem que suportar.

Pondera-se também que uma vez divulgado o conteúdo íntimo, embora se consiga a exclusão das cenas exibidas, isso por si só não é garantia de que nunca mais alguém o verá, dado que uma vez na internet, as chances desse material ser totalmente apagado são quase nulas.

Diante dos efeitos danosos que a vítima vem a padecer, é esperado maior rigor na punição dos agressores, porém, diante da inexpressiva penalidade imposta, para a vítima resta a terrível sensação de ter que conviver sabendo que a resposta jurisdicional hodiernamente é falha.

Referências

- ALBUQUERQUE, Sylvia. **R7, entrevista concedida ao site R7.com**, publicado em 25/10/2013 - 01h00 (Atualizado em 25/10/2013 - 13h34). Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/fotos/sete-anos-depois-jornalista-que-foi-exposta-por-ex-como-prostituta-na-web-ainda-tenta-se-recuperar-25102013#!/foto/1>>. Acesso em 11 abril 2018.
- ANDRADE, Mariane Souza de. **Pornografia por vingança: a intimidade da mulher exposta na internet**. 2016. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8453/1/21106670.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- ARAÚJO, Thiago. **Jornal opção: Jovem acusado de divulgar vídeo íntimo é julgado em Goiânia**. Publicado em 09/10/2014 10h35. Edição 2048. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/jovem-acusado-de-divulgar-video-intimo-e-julgado-em-goiania-17480/>>. Acesso em: 22 abril 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- _____. **Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940**. Código Penal. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 abril 2018.
- _____. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 30 mar 2018.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/133841>>. Acesso em: 11 out. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara tipifica crime de exposição de fotos íntimas na internet**, Comunicação: dia 21/02/2017 - 20h35. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/523506-CAMARA-TIPIFICA-CRIME-DE-EXPOSICAO-DE-FOTOS-INTIMAS-NA-INTERNET.html>>. Acesso em: 22 abril 2018.

_____. **Projeto de Lei 5555/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>>. Acesso em: 30 abril 2018.

_____. **Projeto de Lei 6630/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038>>. Acesso em: 30 abril 2018.

CARVALHO, Bruna. **Revista Semanal Carta Capital**, publicado 29/11/2013 06h32, última modificação 30/11/2013 10h. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/me-senti-impotente-e-com-nojo-diz-estudante-que-teve-fotos-intimas-vazadas-3974.html>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

DIAS, Carolina Bouchardet; SANTOS, Gabriel dos. **Tutela jurídica da pornografia de vingança**: definição imprecisa, escassez legislativa e insuficiência da resposta jurisdicional. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2017/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Gabriel%20Santos;Carolina%20Bouchardet.pdf>. Acesso em: 14 abril 2018.

FLAKABESSANEWS. **Polícia encontra hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann pelada**. Reportagem exibida no Programa Fantástico em 13/05/2012 e publicada por Flakabessanews em 14/05/2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=homXwmsdcow>>. Acesso em: 21 abril 2018.

FREITAS, Kamila Katrine Nascimento de. **A pornografia de vingança e a culpabilização das vítimas pela mídia**. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2316-1.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

GARCIA, Carolina. **IG São Paulo**. “Sofri um assassinato moral, perdi tudo”, conta vítima de cyber vingança, publicação 04/12/2014. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/sofri-um-assassinato-moral-perdi-tudo-conta-vitima-de-cyber-vinganca/>>. Acesso em: 15 abril 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial: crimes contra a pessoa. 15. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2018, v. 2.

LEMOS, Guilherme. **Fantástico 'Não tenho mais vida', diz Fran sobre vídeo íntimo compartilhado na web**. Publicado por Guilherme Lemos em 17 de fev. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=p-hKVHpKxnE>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

LINS, Beatriz Accioli. **“Ih, vazou!”**: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MOCHO, Nathalia de Azevedo. **Crimes cibernéticos**: pornografia de vingança. 2016. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2455/1/Nathalia%20Mocho%20-%20Crime%20Cybern%C3%A9tico%2C%20Pornografia%20de%20vingan%C3%A7a..pdf>>. Acesso em: 21 abril 2018.

MOTA, Bruna Germana Nunes. **Pornografia de vingança em redes sociais**: perspectivas de jovens vitimadas e as práticas digitais. 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/11358/1/2015_dis_bgnmota.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

OLIVEIRA, Alyne Farias de; PAULINO, Letícia Andrade. **A vítima da pornografia de vingança no âmbito penal**: amparo judicial frente a ausência de tipo penal incriminador. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/32/16>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

PAULA, Matheus Fellipe de; FERREIRA, Sorhaya Allana R. A pornografia de vingança e os desafios da proteção da privacidade online. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4894, 24 nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54022>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

RECORD TV. Programa do Porchat. Entrevista concedida por Rose Leonel, publicada em: 08/08/2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ITy1A2RTP2Q>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SENADO FEDERAL. **Avança projeto que criminaliza 'vingança pornográfica**, atualizado em: 22/11/2017 - 21h50. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/22/aprovado-projeto-que-criminaliza-vinganca-pornografica>>. Acesso em: 22 abril 2018.

SILVA, Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n.76, de 28.11.2013). São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosocijurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

O que é filosofia?

*Marcelo Martins Eulálio*¹

I - Introdução

É comum encontrarmos pessoas que não se interessam pela filosofia, talvez pelo fato de acharem que ela é “inútil”, desnecessária, sem aplicação de ordem prática. Será? Como convencê-las do contrário, de que não estamos de forma alguma 'fora' da filosofia, como nos alertou Heidegger²? Não à toa que o *estudo da filosofia é visto como inútil e supérfluo, desde a Antiguidade até os nossos dias*³.

Diante de uma postura “anti-filosófica” (ou pré-filosófica), como despertar o interesse pela *filosofia*? Ensinar filosofia ou ensinar a filosofar? Qual a melhor forma de convencer uma pessoa para a importância do estudo da(s) *filosofia(s)* e da *reflexão filosófica*?

¹ Advogado e Professor Universitário. Mestre em Políticas Públicas. Especialista em Direito Constitucional e Bioética.

² "A questão é que não estamos de forma alguma 'fora' da filosofia; e isso não porque, por exemplo, talvez tenhamos uma certa bagagem de conhecimentos sobre filosofia. Mesmo que não saibamos expressamente nada sobre filosofia, já estamos na filosofia porque a filosofia está em nós e nos pertence; e, em verdade, no sentido de que já sempre filosofamos. Filosofamos mesmo quando não sabemos nada sobre isso, mesmo que não 'façamos filosofia'. Não filosofamos apenas vez por outra, mas de modo constante e necessário porquanto existimos como homens. Ser-ai como homem significa filosofar." (MARTIN HEIDEGGER, *Introdução à filosofia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. P. 3/4).

³ BOTTER, Barbara. *Fazer filosofia: aprendendo a pensar com os primeiros filósofos*. São Paulo: Paulus, 2013. Pg. 24.

Vivemos num mundo onde a maioria das pessoas está ocupada demais para “filosofar”. Há quem diga que não tem tempo para nada. Há quem diga que tem todo o tempo do mundo, mas sem tempo a perder. Mas há quem goste de perder o tempo, como disse Bertrand Russel, e, sendo assim, o tempo que se perde não é tempo perdido.

Não é raro que alguém indague: para que estudar filosofia se não vou precisar dela na minha vida profissional?⁴

Não é difícil imaginar as causas que, porventura, tenham dado à atividade filosófica a fama de “inútil”. A filosofia na antiguidade era experimentada por pessoas que viviam de uma maneira determinada, ou seja, conforme explica Fernando Savater⁵, os filósofos eram pessoas que não tinham necessidades de desenvolver atividades especiais como dar aulas ou escrever. A filosofia era uma *forma de vida*, permanentemente submetida a exame.

Não tenho dúvida sobre a importância da filosofia em nossas vidas. Somente a *filosofia* nos permite ver o mundo sob várias perspectivas e dimensões. *Viver sem filosofar é como ter os olhos fechados sem jamais fazer esforço por abri-los* (Descartes).

Por que para algumas pessoas a filosofia é algo complicado, ininteligível, complexo e que “embaralha o juízo”? Por que a filosofia é algo tedioso e “sem utilidade prática”? Estão essas pessoas de olhos fechados e não fazem qualquer esforço por abri-los?

Há quem diga que a verdadeira filosofia, ou seja, a meditação direta e profunda sobre a verdade, não é arte que possa ser apreendida, mas muito mais a resposta a uma vocação. Será?

A filosofia é um tipo de saber que sempre disputa, instiga, se põe em discussão, questiona os valores e não oferece respostas prontas⁶. De acordo com Saldanha, “a filosofia ocorre como uma

⁴ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Peres. *Filosofando: introdução à filosofia*. 4 ed. rev. São Paulo: Moderna, 2009. Pg. 16-17.

⁵ SAVATER, Fernando. *La aventura de pensar*. Barcelona: Debate, 2008. Pg. 10.

⁶ BOTTER, Barbara. 2013. Pg. 25.

reflexão crítica, como uma forma de pensar que toma corpo dentro dos espaços ocupados pelas operações do espírito: isto é, pela religião, pela ciência, pela literatura”⁷.

A filosofia representa a primazia da busca pelo conhecimento. De cada resposta obtida, conquistada, a filosofia lança nova dúvida e instiga a um novo questionamento. Por isso, a presença da filosofia incomoda. Por isso, Sócrates incomodava.

O ato de pensar incomoda porque faz o homem crer na possibilidade de manipular as ideias e a linguagem. A filosofia possibilita o homem interpretar a vida em suas diversas dimensões e complexidades. Refletindo com Saldanha, “o filosofar sempre existiu para interpretar a vida (...) e ajudar o homem a localizar-se nela, orientar-se, entender e questionar”⁸.

A filosofia não é, por essência, um saber dogmático. A *indagação filosófica* está na música, na literatura, no cinema, nas diversas manifestações artísticas, etc.

Filosofia é uma busca por um conhecimento que, por sua vez, reclama a busca por outro e assim por diante, mais precisamente, o reconhecimento incessante de que a cada conhecimento obtido uma nova pergunta/dúvida surge. Cada saber reclama por um novo saber. Isso não significa que as respostas não existam. Respostas temos muitas, mas é preciso também testar a validade delas. E, muitas vezes, trata-se bem menos de questionar conteúdos do que se questionar a si mesmo, como ensinou Sócrates⁹.

Sobre tudo a filosofia se ocupa. Ela está em tudo e em todos os lugares. A filosofia é a primeira de todas as coisas para o homem. Como ser senciante e racional, não há nada que o homem não faça que não pense antes, durante e/ou depois de uma determinada ação. O homem tem a capacidade de premeditar o acontecimento dos fatos, antever/prever *criticamente* as consequências de suas ações e

⁷ SALDANHA, Nelson. *Filosofia: temas e percursos*. Rio de Janeiro: UAPÉ, 2004. Pg. 12.

⁸ SALDANHA, Nelson. *Ob. cit.* Pg. 14.

⁹ BOTTER, Barbara. 2013. Pg. 26

de questionar tudo o que está à sua volta, porque dotado de razão, única coisa que nos torna homens e nos distingue dos animais¹⁰. É próprio do homem observar e pensar, e ele se põe constantemente a pensar e a meditar. O homem é um ser que pensa, portanto, *res cogitans*, depois *loquens e sapiens*¹¹.

A filosofia é capaz de por em dúvida toda a certeza dada e preestabelecida. *A filosofia proporciona o meio de falar com verossimilhança de todas as coisas e fazer-se admirar pelos menos eruditos.*¹²

A filosofia é um saber crítico que não possui um único objeto, reduzido e específico. O homem é objeto da filosofia. A natureza é objeto da filosofia. E muito mais é objeto da filosofia, por exemplo, a política, o amor, as religiões, Deus(es), a ética, a liberdade, a igualdade, a humanidade, o cosmo, a espiritualidade etc. Todas as coisas (concretas e abstratas) são objeto da filosofia.

Contudo, o estudo da filosofia e a *reflexão filosófica* não são tarefas fáceis, como pontuou Botter:

A filosofia é um saber questionar, um saber “criticar”, no sentido de análise crítica do que é dado de modo imediato, é um saber dizer, é um saber viver, finalmente é um saber viver, finalmente é um saber amar, ou melhor, um amar o saber. Por isso, a filosofia requer esforço de compreensão, não tanto compreensão de ideias abstratas, mas do mundo complexo em que vivemos. A tarefa da filosofia é a análise reflexiva das experiências, a indagação, o desmonte de conceitos que são transmitidos, muitas vezes repetidos e interiorizados. Por isso, a filosofia não é fuga do mundo real para o mundo hiperunânico das ideias. Ela é a reflexão do homem que assume o conhecimento do mundo e, sobretudo, dos limites e das possibilidades do seu próprio conhecimento como objetos de investigação¹³.

¹⁰ DESCARTES, René. *Discurso do Método; Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2005. Pg. 21.

¹¹ SALDANHA, Nelson. *Ob. cit.* Pg. 16.

¹² DESCARTES, René. *Ob. cit.*. Pgs. 23/24.

¹³ BOTTER, Barbara. 2013. P. 27.

II - A busca pelo conhecimento

Todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer.
(Aristóteles)

Do pensamento aristotélico epigrafado, extrai-se que a busca pelo saber é inata ao homem. O homem tem a necessidade inata de conhecer, em especial tudo aquilo que o incomoda, que lhe causa medo ou que lhe cause admiração.

Para Aristóteles, *foi, com efeito, pela admiração que os homens, assim hoje como no começo, foram levados a filosofar, sendo primeiramente abalados pelas dificuldades mais óbvias, e progredindo em seguida pouco a pouco até resolverem problemas maiores: por exemplo, as mudanças da Lua, as do Sol e dos astros e a gênese do Universo. Ora, quem duvida e se admira julga ignorar: por isso, também quem ama os mitos é, de certa maneira, filósofo, porque o mito resulta do maravilhoso*¹⁴.

O homem tem a necessidade de compreender o mundo em que vive e todas as coisas a sua volta. Desde os primórdios da sua existência o homem busca por explicações para tudo o que lhe causa admiração, espanto e medo. Platão disse que a *filosofia* começa com a admiração. A filosofia começa com a admiração e com a curiosidade.

Se as coisas que nos cercam (a realidade, na sua enorme variedade), se o mundo dos outros e o nosso mundo, o universo na sua indefinível vastidão, fossem previsivelmente presentes, ou seja, se fossem realidades expostas sem o poder de despertar surpresas em nós, a filosofia jamais teria nascido, nem o pensar e, conseqüentemente, nem a descoberta do problema, a vontade de pesquisar, as tentativas de solução, o próprio mundo da cultura e da história humana.¹⁵

¹⁴ Aristóteles. *Metafísica: livro 1 e livro 2; Ética a Nicômaco; Poética*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Pg. 14.

¹⁵ ROSSI, Roberto. *Introdução à filosofia: histórias e sistemas*. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Pg. 10.

Platão e Aristóteles descreveram a atitude filosófica como um *estranhamento* ou *admiração* para com o mundo. Desse modo, de acordo com Ghiraldelli Jr.,

o filósofo é aquele que olha para o que todos olham: todavia, não toma o que vê no cotidiano segundo a frase “ah, as coisas são assim mesmo”, pois ele se sente provocado e se surpreende com o corriqueiro. Mesmo diante do que parece ser o mais sólido e estabelecido, ele pergunta: “mas por que é assim e não de outro modo?”, ou ainda: “caso fosse de outro, não seria melhor?”. O filósofo cria as condições para que outros também observem com certo estranhamento aquilo que todos os dias era observado sem qualquer estranhamento. Dessa forma, o filósofo *redescreve* a banalidade observada de um modo não mais banal e, então, o que parecia estar longe de ser problemático começa a ganhar aspectos que reclamam pela nossa reflexão.¹⁶

Aristóteles afirmava que *todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer*. O cientista, astrônomo, teórico político e filósofo Aristóteles, além de ter afirmado o caráter natural do conhecimento, discriminou o conhecimento em diversos graus, a saber, sensação, memória, experiência, arte e ciência. Para Aristóteles, a razão é, de todos os sentidos, o que melhor nos faz conhecer as coisas e mais diferenças nos descobre. A razão é nota distintiva de outras espécies de animais. Os animais são dotados de sensação, mas, nuns, da sensação não se gera a memória, e noutros (o homem), gera-se.

Por isso, os homens são mais inteligentes e mais aptos para aprender do que os que são incapazes de recordar (o caso dos outros animais). Como nos diz Aristóteles, “inteligentes, pois, mas sem possibilidade de aprender, são todos os que não podem captar os sons, como as abelhas, e qualquer outra espécie parecida de animais. Pelo contrário, têm faculdade de aprender todos os seres que, além da memória, são providos também de sentido. Os outros [animais]

¹⁶ GHIRALDELLI JR., Paulo. *A aventura da filosofia – de Parmênides a Nietzsche*. Barueri, SP: Manole, 2010. Pg. 02.

vivem, portanto, de imagens e recordações, e de experiência pouco possuem”¹⁷.

Aristóteles acrescenta que “a espécie humana [vive] também de arte e de raciocínios. É da memória que deriva aos homens a experiência: pois as recordações repetidas da mesma coisa produzem o efeito duma única experiência, e a experiência quase se parece com a ciência e a arte”¹⁸.

O homem naturalmente está sempre buscando uma posição de segurança diante de tudo aquilo que o cerca, quer seja no meio político/social, quer seja no meio natural. Seja na vida amorosa, seja na vida profissional, seja na religião, seja numa prática desportiva, seja nos estudos, aonde quer que se encontre e o que quer que esteja fazendo, o homem busca por um estado de segurança, uma zona de conforto, consciente ou inconscientemente.

As respostas buscadas pelo homem para conhecer e entender a realidade e a enorme variedade de coisas que o cerca irão produzir um conjunto de conhecimentos. E, a partir da realidade dada, natural e fática o homem constrói uma realidade cultural.

No entanto, para o homem e somente para ele, um *factum*, um *datum* não são auto-suficientes. Não basta que se manifeste como algo feito e como algo dado (dois participios passados), se continua no ar a questão do seu porquê, por que assim e por quem ou por que foi *feito* e foi *dado*.

Se tudo se apresentasse tal como é, sem causar espanto, tudo permaneceria na sua inabalável fixidez original, como acontece, aliás, com o mundo animal e vegetal. Essa mesma realidade, contudo, lança perguntas ao homem às quais ele tem procurado dar uma resposta.¹⁹

O homem não se satisfaz com a realidade que lhe é apresentada e esta, de imediato, não lhe fornece as respostas para inúmeros

¹⁷ Aristóteles. *Ob. cit.* Pg. 11.

¹⁸ Aristóteles. *Ob. cit.* Pg. 11.

¹⁹ ROSSI, Roberto. *Ob. cit.* Pg. 10.

questionamentos que essa própria realidade lança a ele. Aristóteles, no início da sua *Metafísica*, apontava para a característica imanente do homem, ou seja, *a natureza de todos os homens é saber*.

Foi, com efeito, pela admiração que os homens, assim hoje como no começo, foram levados a filosofar, sendo primeiramente abalados pelas dificuldades mais óbvias, e progredindo em seguida pouco a pouco até resolverem problemas maiores: por exemplo, as mudanças da Lua, as do Sol e dos astros e a gênese do Universo.²⁰

A razão da necessidade de conhecer do homem é, para Aristóteles, nada menos que a sua natureza. A natureza é a substância de uma coisa, aquilo em que realmente consiste. Portanto, o homem aparece definido pelo saber. E sua própria essência que o impele a conhecer as coisas. A busca contínua e evolutiva pelo conhecimento é consequência da própria natureza humana e é condição necessária para a sobrevivência e desenvolvimento da espécie humana.

O conhecimento humano é um fenômeno complexo e misterioso²¹, que está em constante processo de transformação. Segundo Mondin, três disciplinas filosóficas interessam-se pelo estudo do conhecimento humano: a psicologia, a gnosilogia e a lógica.

A primeira examina sua origem e seus tipos principais; a segunda determina seu valor, estudando as relações existentes entre o conhecimento e o objeto conhecido; a terceira, enfim, estuda as condições essenciais para a constituição do conhecimento e fixa as regras de seu funcionamento correto.²²

Há duas formas de conhecer a realidade, quais sejam: pelo mito e pelo uso da razão²³. Num primeiro instante, ainda sem fazer

²⁰ Aristóteles. *Ob. cit.* Pg. 14.

²¹ MODIN, Batista. *Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras*. Trad. J. Renard. 18ª edição. São Paulo: Paulus, 2010. P. 11.

²² MODIN, Batista. *Ob. cit.* P. 11.

²³ Costuma-se dizer que a filosofia e a ciência surgem quando se abandona o mito, substituindo-o pela explicação racional.

uso da razão, o homem vai buscar no *mito* a compreensão do desconhecido. Fazendo uso do mito, o homem busca a explicação para suas inúmeras indagações sobre todas as coisas que o cerca. A compreensão das coisas pelo mito reclama o uso da imaginação. É característico do pensamento mítico o uso de narrativas longas e repletas de personagens sobrenaturais, com poderes superiores ao dos humanos. O recurso às divindades também é uma das características dessa espécie de pensamento²⁴.

José Eduardo Faria, ao destacar o papel do mito do ponto de vista antropológico e do ponto de vista político, adverte que os mitos, ao refletirem uma representação da imaginação popular, podem provocar o aparecimento de ideias falsas e irreais, quando não utópicas. Do ponto de vista antropológico, diz Faria, os mitos são um esforço de explicação de origens de um grupo ou de uma comunidade, isto é, uma tentativa de reconstrução parcial da história, por meio de narrativas fantasiosas, porém capazes de empolar e integrar seus membros. Do ponto de vista político, continua Faria, os mitos têm um papel eminentemente organizador e legitimador de certas relações sociais e sua função é a de pacificar as consciências e neutralizar sua reflexividade mediante o esvaziamento e a cristalização do real, levando os homens a aceitar passiva e conformadamente uma situação que lhes foi imposta socialmente²⁵.

Pela razão²⁶, o homem busca a explicação para suas indagações sem fazer uso da imaginação, de personagens e forças sobrenaturais. O homem procura as causas do mundo natural dentro dos próprios limites do mundo. A própria natureza (*physis*) deverá lhe fornecer as respostas a que procura.

²⁴ Ressaltam Córdón e Martínez que *por mito deve entender-se, ainda, não só o conjunto de narrativas tradicionais dos poetas, mas também uma atitude intelectual, algo como uma espécie mental subjacente a tais explicações*. (CORDÓN, Juan Manuel Navarro; MARTÍNEZ, Tomas Calvo. *História da Filosofia*, Vol. 1, Lisboa/Portugal: Edições 70, 1995. Pg. 17).

²⁵ FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. Pg. 09.

²⁶ *Ao opor-se às explicações de carácter mítico, a filosofia não renunciará a esta dimensão de resposta última acerca da totalidade do real; pelo contrário, tal dimensão constituirá um dos traços essenciais do pensamento filosófico*. (CORDÓN; MARTÍNEZ. *Ob. cit.* Pg. 16).

O pensamento mítico como forma de entender as coisas não deixou de nos ser útil após o surgimento do pensamento racional. Fazemos uso do pensamento mítico para entendermos e convivermos com várias questões que a ciência ainda não respondeu e não responderá. O sobrenatural não é objeto da ciência.

Diante de nossa necessidade de estarmos sempre seguros, de encontrarmos um sentido para que faça valer a pena vivermos de forma ética e responsável, é que buscamos nas crenças religiosas as respostas que a ciência não nos deu e não nos dará. E nesse caso, a questão é de crença, ou se crê ou não se crê.

O mito tem sua importância lúdica quando reproduzido por meio de lendas que enriquecem o imaginário cultural de uma sociedade. Descartes disse que a *delicadeza das fábulas desperta o espírito*. Por exemplo, a lenda da origem do Rio Amazonas, a seguir reproduzida na íntegra²⁷:

Há muitos anos, moravam na selva amazônica dois noivos apaixonados que sonhavam ser um casal. Ela vestia-se de prata e seu nome era Lua. Ele vestia-se de ouro e o seu nome era Sol. Lua era a dona da noite e Sol era dono do dia.

Havia um obstáculo para a namoro de ambos. Se eles se casassem o mundo se acabaria. O ardente amor de sol queimaria a terra toda. O choro triste da Lua toda a terra afogaria.

Apesar de apaixonados, como poderiam se casar? A Lua apagaria o fogo? O Sol faria toda a água evaporar? Apaixonados, se separaram e nunca puderam se casar.

Os noivos ficaram tristíssimos. A Lua, de prata e o Sol, de ouro. No desespero da saudade, a Lua chorou durante todo um dia e uma noite. Suas lágrimas escorreram por morros sem fim até chegar ao mar. Mas o oceano, bravio, não queria aceitar tanta água. A sofrida lua não conseguiu misturar suas lágrimas às águas salgadas do mar e foi assim que algo estranho aconteceu.

As águas formadas com as lágrimas da lua escavaram um imenso vale, onde também muitas serras se levantaram.

²⁷ Fonte: <http://www.portalamazonia.com.br/secao/amazoniadeaz/interna.php?id=318>. Acesso em 24 de fevereiro de 2014.

Um imenso rio apareceu inundando vales, florestas e lugares sem fim. Eram as lágrimas da lua, que de tanta tristeza, formaram o **rio Amazonas**, o rio-mar da Amazônia.

O mito tem sua importância também para a explicação de fatos da vida natural que não podem ainda ser compreendidos por determinadas pessoas que possuem uma incapacidade temporária ou definitiva. Por exemplo, o mito da cegonha, lenda essa que surgiu na Escandinávia. Por essa lenda, as mães diziam aos filhos que os bebês haviam sido trazidos pela cegonha, justificando desse modo o aparecimento de um novo membro na família. A escolha da cegonha como símbolo da lenda deve-se a sua característica dócil e protetora, que dedica atenção especial e carinho às aves doentes ou mais velhas. Os antigos romanos, com base nas características da cegonha, criaram uma lei incentivando as crianças a cuidarem dos idosos, denominada *Lex Ciconaria* (Lei da Cegonha). Essa lenda se espalhou pelo mundo no século XIX, através dos contos do escritor dinamarquês Hans Christian Andersen²⁸.

Algumas características da vida grega proporcionaram o surgimento da *filosofia*. A primeira delas é a *poesia*. As obras de Homero (*Ilíada* e *Odisseia*), que exerceram na civilização grega influência análoga à que a Bíblia exerceu entre os judeus²⁹, representam a base do pensamento mítico grego (VIII a.C.). Referidas obras não constituem apenas fábulas poéticas (mitos). Essas fábulas possuem um ingrediente a mais, são partes da própria história do povo grego. Homero apresenta um Universo governado por deuses. Para Homero (como também para Hesíodo), tudo é divino. Forças sobrenaturais criaram o mundo e passaram a disciplinar o comportamento do homem.

²⁸ Fonte: <http://www.brasilecola.com/curiosidades/origem-da-lenda-da-cegonha.htm>. Acesso em 24 de fevereiro de 2014.

²⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Filosofia: Antiguidade e Idade Média*. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Paulus, 2017. Pg. 14.

Ora, os poemas homéricos contêm algumas peculiaridades que os diferenciam dos poemas que estão na origem da civilização de outros povos, e contêm já alguns daqueles caracteres do espírito grego que resultarão essenciais para o nascimento da filosofia.³⁰

Ressalta Reale e Antiseri que a poesia de Homero “não se limita a narrar uma série de fatos, mas busca também suas causas e razões” e “nesse modo poético de ver as razões das coisas, prepara aquela mentalidade que em filosofia conduzirá à busca da ‘causa’ e do princípio’, do ‘porquê’ último das coisas”³¹.

[...] – procura de formas diversas apresentar a realidade na sua inteireza, embora de forma mítica: deuses e homens, céu e terra, guerra e paz, bem e mal, alegria e dor, totalidade dos valores que regem a vida do homem (pensemos, por exemplo, no escudo de Aquiles, em emblematicamente representava “todas as coisas”). Escreve Jaeger: “A realidade *apresentada em sua totalidade*: o pensamento filosófico a apresenta de forma racional, ao passo que a épica a apresenta de forma mítica. Qual é a ‘posição do homem no universo’, tema clássico da filosofia grega, está também presente em cada momento em Homero”.³²

Hesíodo, o autor da Teogonia (que relata o nascimento de todos os deuses), também é considerado um dos precursores desse pensamento mítico, anterior ao surgimento do pensamento racional. Reale e Antiseri argumentam que *a teogonia se torna também cosmogonia, ou seja, explicação mítico-poética e fantástica da gênese do universo e dos fenômenos cósmicos, a partir do Caos originário, que foi o primeiro a se gerar*.³³

O pensamento racional se torna possível com o surgimento na Grécia de uma nova forma de organização social, que foi a *polis*. Em razão das melhorias nas condições socioeconômicas, gerando

³⁰ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 14.

³¹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 14.

³² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 14.

³³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 14.

bem-estar e liberdade política (em especial nas colônias do Oriente e do Ocidente), o grego passou a identificar-se como *cidadão*. O Estado tornou-se o centro referencial da ética.

Com a constituição e a consolidação da *polis*, isto é, da cidade-Estado, o homem grego não sentiu mais nenhuma antítese e nenhum vínculo à própria liberdade; mais ainda, foi levado a considerar-se essencialmente como cidadão. O homem acabou coincidindo com o próprio cidadão. Os cidadãos sentiram os fins do Estado como o próprio bem, a grandiosidade do Estado como a própria grandiosidade, a liberdade do Estado como a própria liberdade.³⁴

A atividade racional posta em movimento para a busca do conhecimento, os gregos irão denominar de *Filosofia*.

III. O que é filosofia?

[...] o filósofo conhece, na medida do possível, todas as coisas, embora não possua a ciência de cada uma delas por si. (Aristóteles).

Para Comte-Sponville³⁵, a pergunta a que dá o título desse capítulo já é filosófica. Há uma disparidade de significações. Platão (*Eutidemo*) a define *como o uso do saber em proveito do homem*.

O *logos* ocupa em relação ao *mito* um lugar central na explicação dos fenômenos da natureza (universo físico) e da natureza humana (nos seus aspectos individual e coletivo). O mito continua onde sempre esteve, mas com o uso da razão deixa de ser central.

A palavra *filosofia*, atribuída a Pitágoras de Samos por Cícero (*Tusculanas*), significa *amor à sabedoria* (*philia* = amizade + *Sophia* = sabedoria). Gianfranco Morra diz que *o filósofo é amante da sabedoria: mas isso significa que o filósofo não possui a sabedoria*.

³⁴ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 19.

³⁵ COMTE-SPONVILLE, André. *A filosofia*. Trad. Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pg. 07.

*A filosofia não é a sophia. A filosofia é, antes, o reconhecimento de que existe uma sabedoria para a qual o filósofo tende, mas sem jamais obtê-la plenamente.*³⁶

Para Fernando Savater, *la filosofía es la herramienta que nos permite cuestionarnos (a filosofía é a ferramenta que nos permite questionarmos).*³⁷ Julián Marías registra que *por filosofía entenderam-se, principalmente duas coisas: uma ciência e um modo de vida:*

A palavra filósofo englobou em si as duas significações distintas: a do homem que possui um certo saber e a do homem que vive e se comporta de um modo peculiar. Filosofia como ciência e filosofia como modo de vida são duas maneiras de entendê-la que se alternaram e muitas vezes conviveram. Já desde os começos, na filosofia grega, se falou sempre uma certa *vida teórica*, e, ao mesmo tempo, tudo foi um saber, uma especulação. É necessário compreender a filosofia de modo que, na ideia que dela façamos, caibam, *ao mesmo tempo, as duas coisas*. Ambas são, em definitivo, verdadeiras, uma vez que constituíram a própria realidade filosófica. E só poderá encontrar-se a plenitude do seu sentido e a razão dessa dualidade na visão total dessa realidade filosófica: isto é, na história da filosofia.

Há uma implicação indubitável entre os dois modos de entender a filosofia. O problema da sua articulação é, em boa media, o próprio problema filosófico. Podemos compreender, porém, que ambas as dimensões são inseparáveis, e, de facto, nunca apareceram totalmente desligadas. *A filosofia é um modo de vida, um modo essencial que, justamente, consiste em viver numa certa ciência e, portanto, a postula e exige. É portanto uma ciência o que determina o sentido da vida filosófica.*³⁸

Num raciocínio aristotélico, sugerido por Comte-Sponville, a filosofia é uma *práxis*, uma prática *discursiva, razoável e abstrata*³⁹.

³⁶ MORRA, Gianfranco. *Filosofia*. Trad. Maurício Pagotto Marsola. São Paulo: Paulus, 2001. Pg. 25.

³⁷ SAVATER, Fernando. *Ob. cit.* Pg. 12.

³⁸ MARIAS, Julián. *História da filosofia*. 5ª edição, Porto: Edições Sousa & Almeida Limitada, 1959. Pg. 23.

³⁹ De acordo com Roland Corbisier (*Filosofia política e liberdade*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. Pg. 24), *a filosofia é a única forma de reflexão, de pensamento e de conhecimento, que não lidfa com abstrações, pois mesmo quando, para efeitos metódicos ou didáticos, isola ou destaca um objeto,*

Portanto, entender o termo filosofia não é tarefa fácil. O termo *filosofia* é compreendido em sentidos diversos. Pode ser entendido num sentido *empírico* (ou popular), apreendida no decorrer da vida, ou melhor, da experiência da vida⁴⁰ e que contempla um conjunto de conhecimentos passados de geração em geração. Pode representar, também, a ideia de uma *prática*, de uma *atividade*, de uma *disciplina* etc.

Giovanni Reale e Dario Antiseri informam que, desde o seu nascimento, a filosofia apresentou três conotações referentes (a) *ao seu conteúdo*, (b) *ao seu método* e (c) *ao seu objetivo*. No que se refere ao conteúdo, a filosofia quer explicar a *totalidade das coisas*, isto é, a *realidade inteira, sem exclusão de partes ou de momento*⁴¹.

No que se refere ao método, a filosofia procura ser

[...] a explicação puramente racional daquela totalidade que tem por objeto. Em filosofia, aquilo que vale é o argumento da razão, a motivação lógica, o *logos*. Para a filosofia, não basta constatar, reconhecer como certos dados de fato, reunir experiências: a filosofia deve ir além do fato, além das experiências, para encontrar a *causa* ou as *causas* somente com a *razão*. É exatamente esse o caráter que confere ‘cientificidade’ à filosofia. Dir-se-á que esse caráter é comum também às outras ciências, que, enquanto tais, nunca são mero acerto empírico, mas são sempre busca de causas e de razões; a diferença está no fato de que, enquanto as ciências particulares são buscas racionais de

jamaís perde a consciência de que o objeto abstraído só é o que é, só tem sentido, enquanto integrado em seu contexto, na totalidade de que faz parte. O trabalho de explicitação do implícito, ou de imediatização do mediato, como diria Hegel, é um trabalho que postula, como categoria fundamental, a categoria de totalidade, e a consciência de que, próxima ou remotamente, tudo está ligado a tudo, na interdependência universal. É a filosofia, portanto, e não as ciências particulares, as artes e as técnicas, que se ocupa com o concreto, quer dizer, com a totalidade, ou o absoluto.

⁴⁰ Para Kant, todos os nossos conhecimentos (empíricos) têm origem em nossa experiência. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009, -- (Coleção a obra-prima de cada autor; 3), pg. 13.

⁴¹ Sobre esse sentido, explicam Giovanni Reale e Dario Antiseri (2007, pgs. 11/12) que “a filosofia, portanto, se distingue das ciências particulares, que assim se chamam exatamente porque se limitam a explicar *partes* ou setores da realidade, grupos de coisas ou de fenômenos. E a pergunta daquele que foi e é considerado como o primeiro dos filósofos – “Qual é o princípio de todas as coisas?” – mostra a perfeita consciência desse ponto. A filosofia, portanto, propõe-se como objeto a *totalidade da realidade e do ser*”.

realidades e de setores particulares, a filosofia, conforme já foi dito, é busca racional da realidade inteira (do princípio ou dos princípios da realidade inteira).⁴²

O escopo ou fim da filosofia, segundo Reale e Antiseri, “está no puro desejo de conhecer e contemplar a verdade. Em síntese, a filosofia grega é desinteressado amor à verdade”⁴³.

A filosofia é um saber crítico, que refuta as evidências imediatas. É um conhecimento desinteressado do real.⁴⁴ A filosofia é uma atividade de desbanalização do banal⁴⁵. Tem por objeto a totalidade das coisas. A filosofia elege qualquer assunto como tema para reflexão. De acordo com Ghiraldelli Jr., “em filosofia, é possível conversar sobre tudo, mas sempre mirando aquilo que, na opinião da maioria, não tem razão de ser mirado de modo tão sério.

Tudo é assunto para a filosofia: história, mulher, linguagem, natureza, sexo, administração, dor, homem, dinheiro, cinema, poder, moda, pobreza, aborto, Jesus, marxismo, Homem-Aranha, conhecimento, mente, arte, violência, religião, viagem, criança, política, arquitetura, velhice, trabalho, Machado de Assis, ensino, leis, pintura, música, guerra, vadiagem, infância, telenovela, boxe, Madonna, homossexualismo, trânsito etc.⁴⁶

Qualquer problema, sustenta Roland Corbisier, religioso, científico, ético, estético, técnico, etc., pode tornar-se filosófico a partir do momento que passe a ser considerado do ponto de vista da totalidade:

Em famosa passagem do Teeteto, Platão nos diz, citando Píndaro, que o pensamento do filósofo “voa por toda parte, sondando os abismos da terra e medindo suas extensões, perseguindo, ao

⁴² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 20.

⁴³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Ob. cit.* Pg. 20.

⁴⁴ MORRA, Gianfranco. *Ob. cit.* Pg. 15.

⁴⁵ GHIRALDELLI Jr. Paulo. *Ob. cit.* Pg. 02.

⁴⁶ GHIRALDELLI Jr. Paulo. *Ob. cit.* Pg. 08.

tempo das profundezas celestes, a marcha dos astros e prescrutando, de cada realidade, a natureza, em seu pormenor e em seu conjunto, sem jamais permitir-se descer ao que é imediatamente próximo.

A filosofia não tem, portanto, problemas próprios, uma vez que consiste em problematizar, isto é, por em questão, criticar, discutir, qualquer problema, seja qual for sua procedência ou natureza, sobrevoando, quer dizer, transcendendo o dado e prescrutando de cada ser, a essência, em sua minúcia e na sua totalidade, como diz Platão. O caráter filosófico do problema não se encontra, pois, no próprio problema, que pode ser qualquer, mas no ponto de vista do qual o consideramos. Para que um problema, religioso, científico, estético, etc., se torne filosófico é suficiente que se inscreva na perspectiva da totalidade que é, como se disse, a perspectiva própria e característica da filosofia.⁴⁷

Por ter um conhecimento tão vasto e profundo, que compreende a *totalidade das coisas*, Kant a considerou a *rainha de todas as ciências*⁴⁸.

De volta a Gianfranco Morra, a filosofia, por definição, é o conhecimento do Absoluto, *ainda que se tenha a consciência de que o Absoluto é inexaurível e todo nosso conhecimento dele, incompleto*.⁴⁹

Mas a filosofia possui outro caráter essencial: ela é saber crítico. [...] Devemos dizer ainda mais: ela refuta todos os objetos, põe em crise toda a certeza preestabelecida, não aceita qualquer dado diante de si. Todo filósofo, exatamente por isso, sempre recomeça do princípio. Não há um progresso da filosofia, no mesmo sentido em que se fala de um progresso na ciência e na técnica. Nenhum filósofo vive de rendimentos e a filosofia não se capitaliza. Ela é sempre um começo absoluto. É certo que todo filósofo leva em conta todas as filosofias precedentes: aceita-as ou refuta, torna-as suas ou as modifica. Em todo o caso, julga-as criticamente e, antes de emitir um juízo sobre estas, suspende sua validade. [...].

⁴⁷ CORBISIER, Roland. *Filosofia política e liberdade*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. Pgs. 22/23.

⁴⁸ Ciência em sentido lato, sinônimo de conhecimento.

⁴⁹ MORRA, Gianfranco. *Ob. cit.* Pg. 15.

A filosofia é crítica enquanto refuta a evidência imediata. É mediação crítica. Por isso possui ainda outro caráter: é um conhecimento desinteressado do real. Interessante, neste sentido, é a anedota sobre Pitágoras, que Aristóteles cita em sua *Defesa da filosofia*. A quem lhe perguntava qual era o escopo da vida humana, Pitágoras respondia: “Os deuses nos geraram para contemplar o céu”. Com esta frase – “contemplar o céu” – Pitágoras reconhecia que a filosofia é sempre um saber pelo saber. Com isso não se pretende negar uma utilização do conhecimento filosófico para fins práticos. Trata-se de afirmar que tal utilização ocorre somente em um segundo momento e que a filosofia, enquanto filosofia, é conhecimento desinteressado.⁵⁰

Além de crítica e desinteressada, Gianfranco Morra, com base em observação de Descartes, aponta o caráter sintético da filosofia:

Enquanto outras atividades do espírito são tanto mais válidas quanto evitam a síntese universal, a filosofia tende naturalmente à síntese. Esta é sempre uma *reductio ad unum*, uma visão que procura tomar todo o universo (os alemães usam o termo *Weltanschauung*, de difícil tradução, que significa “visão que abarca o mundo”). Uma filosofia não-sintética – ou, como hoje se costuma dizer, uma filosofia analítica – talvez possa ser uma análise da filosofia, mas certamente não é uma filosofia.⁵¹

Adverte Ortega Y Gasset, que a clareza é a cortesia do filósofo, e:

[...] ademais, essa nossa disciplina põe sua honra, hoje mais que nunca, em estar aberta e porosa a todas as mentes, diferente das ciências particulares que, cada dia com mais rigor, interpõem, entre o tesouro de seus descobrimentos e a curiosidade dos profanos, o terrível dragão de sua terminologia hermética. Penso que o filósofo tem de extremar para si próprio o rigor metódico quando investiga e persegue suas verdades, mas que, ao emití-las e enunciar-las, deve fugir do costume cínico no qual alguns homens

⁵⁰ MORRA, Gianfranco. *Ob. cit.* Pgs. 14/15

⁵¹ MORRA, Gianfranco. *Ob. cit.* Pg. 13.

de ciência se comprazem, como Hércules de feira, de ostentar diante do público os bíceps de seu tecnicismo.⁵²

A reflexão filosófica não pode ser uma atividade neutra, puramente científica, desvinculada dos problemas da vida contemporânea, da economia, da política e da ética⁵³. O estudo da filosofia não pode limitar-se à simples exposição e análise da história da filosofia, dos sistemas e das doutrinas, “procurando evitar o compromisso político, sob a alegação de que a filosofia é ‘pura’, quer dizer, ‘purificada’ de qualquer contaminação com o mundo impuro da política”.⁵⁴

IV. Considerações finais

De tudo o quanto foi exposto, seja como for, o simples ato de pensar e questionar já é o de filosofar, e o ato de pensar e refletir não é privilégio de poucos, mas de todos. Filosofamos todas as horas em que estamos conscientes e lúcidos. Ocorre que, alguns têm consciência de sua própria prática filosófica, e a praticam, quando habilitados para tanto, de uma forma mais rigorosa, sistematizada e elaborada. Outros não possuem a consciência da prática filosófica; alguns questionam as coisas sem dar importância ao fundamento de suas próprias questões, questionam por questionar. Os filósofos - aqueles conscientes que exercem a prática filosófica - falam de futebol e questionam, por exemplo, quais as motivações que levam uma pessoa ao fanatismo ou à prática de violência nos estádios? Há uma ética própria dos torcedores pertencentes às torcidas organizadas que difere da ética comum? O que é a ética comum? Existe uma ética comum a todos? Ética e moral são a mesma coisa?

⁵² ORTEGA Y GASSET, José. *O que é filosofia*. Tradução de Felipe Denardi; posfácio de Maria Zambrano. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016. Pg. 19.

⁵³ CORBISIER, Roland. *Filosofia política e liberdade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. Pgs. 21/22.

⁵⁴ CORBISIER, Roland. *Ob. cit.* Pg. 21/22.

Percebam que o filósofo, de modo consciente, vai mais a fundo nos seus questionamentos.

O ato de pensar filosoficamente reclama sempre uma postura reflexiva, profunda e crítica. Os filósofos não reclamam para si a posse da *verdade*. Eles buscam a compreensão da realidade, da totalidade das coisas. A filosofia abarca tudo, mas não tem resposta para tudo. E o conhecimento filosófico diferencia-se daquele baseado no *senso comum*, na *doxa* (opinião), nas crenças, por se tratar de um conhecimento mais elaborado, mais profundo, sistematizado e fundamentado.

A filosofia promove uma emancipação da *forma de pensar e entender* o mundo e todas as coisas que importam para o homem, em todas as suas dimensões.

Referências

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Peres. *Filosofando: introdução à filosofia*. 4 ed. rev. São Paulo: Moderna, 2009.

Aristóteles. *Metafísica: livro 1 e livro 2; Ética a Nicômaco; Poética*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

COMTE-SPONVILLE, André. *A filosofia*. Trad. Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CORBISIER, Roland. *Filosofia política e liberdade*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

CORDÓN, Juan Manuel Navarro; MARTINÉZ, Tomas Calvo. *História da Filosofia*, Vol. 1, Lisboa/Portugal: Edições 70, 1995.

DESCARTES, René. *Discurso do Método; Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BOTTER, Barbara. *Fazer filosofia: aprendendo a pensar com os primeiros filósofos*. São Paulo: Paulus, 2013.

FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

- GHIRALDELLI JR., Paulo. *A aventura da filosofia – de Parmênides a Nietzsche*. Barueri, SP: Manole, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- MARIAS, Julián. *História da filosofia*. 5ª edição, Porto: Edições Sousa & Almeida Limitada, 1959.
- MODIN, Batista. *Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras*. Trad. J. Renard. 18ª edição. São Paulo: Paulus, 2010.
- MORRA, Gianfranco. *Filosofia*. Trad. Maurício Pagotto Marsola. São Paulo: Paulus, 2001.
- ORTEGA Y GASSET, José. *O que é filosofia*. Tradução de Felipe Denardi; posfácio de Maria Zambrano. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Filosofia: Antiguidade e Idade Média*. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Paulus, 2017.
- ROSSI, Roberto. *Introdução à filosofia: histórias e sistemas*. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- SALDANHA, Nelson. *Filosofia: temas e percursos*. Rio de Janeiro: UAPÉ, 2004.
- SAVATER, Fernando. *La aventura de pensar*. Barcelona: Debate, 2008.

O direito de morrer no direito comparado

Gillian Santana de Carvalho Mendes¹

Carla Milena Queiroz Bucar²

1 Introdução

É tão natural que se fale, seja como leigo, ou como jurista, no direito à vida, mas será que vale a pena viver quando todas as esperanças de um boa vida já partiram? Quando se trata aqui de boa vida, é viver com dignidade, é poder fazer escolhas, é não sofrer desmedidamente.

O que se discutirá aqui é exatamente o direito de morrer, quando o viver deixa de ser considerado digno. No Brasil, a legislação proíbe qualquer possibilidade de ceifar a vida, seja através da eutanásia, quando alguém desliga os aparelhos de quem só vive em decorrência deles; suicídio assistido, quando as pessoas em sua volta se prestam a organizar todo o aparato para a própria morte do paciente e lhe dá as ferramentas para sua execução.

No estrangeiro, há muito que se fala em formas de diminuir o sofrimento de quem está em iminente perigo de morte, e hoje, é possível que alguns países a morte para acabar com o sofrimento seja legalizada.

¹ Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB- Centro Universitário de Brasília, Mestre em Direito Constitucional pela UFCE,- Universidade Federal do Ceará, Professora da UESPI- Universidade Estadual do Piauí e do Centro Universitário UNINOVAFAPI,

² Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI

No Brasil, como em outros países, se fala acerca das Diretivas Antecipadas de Vontade, um documento assinado pelo próprio paciente, quando ainda capaz de dirigir sua vida, capaz de ainda tomar decisões sobre qual tratamento deverão os médicos optarem quando a pessoa não estiver mais em sã consciência.

Julga-se que a legislação brasileira e a jurisprudência estão propensas a observar as diretivas antecipadas da vontade como um documento em plena legalidade constitucional. Assim, é que se buscará conhecer algumas legislações alienígenas sobre o direito de morrer, fazendo uma comparação com o ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia a ser utilizada será uma abordagem indutiva, procedendo uma comparação com direito da Holanda, Bélgica, Suíça, Uruguai e Colômbia, de forma a estabelecer uma pesquisa do tipo bibliográfica.

Para atender aos objetivos propostos, inicialmente, tratar-se-á acerca dos conceitos essenciais sobre o tema proposto: eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia. Em seguida, serão estudadas as possibilidades de morte com intervenção nos países supra referidos, e por último, destacar-se-á a legislação vigente no Brasil sobre a possibilidade lícita de uma morte digna.

2 Morte com intervenção: os conceitos essenciais

Com o passar dos anos, especialmente depois da II Guerra Mundial, foram elaborados muitos conceitos bioéticos sobre a intervenção na morte, que significa basicamente abreviar a vida de alguém, alguns deles com discrepâncias bem visíveis uns dos outros. Os termos mais utilizados atualmente acerca da intervenção na morte são: a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia.

A eutanásia é sem dúvida a mais conhecida de todas devido à grande divergência de opiniões a respeito do tema que arguem sobre a ética, a moral e a religião, sendo estes somente alguns dos pormenores. Porém, o termo remete a um tempo bem mais antigo, foi

criado no século XVII pelo filósofo inglês Francis Bacon, o prefixo “eu” vindo do grego significa “bom”, que juntamente com “thanatos” vem a significar a “boa morte”, a “morte piedosa” (SÁ, 2001).

Nesse sentido preconiza Vieira (2003, p.86):

A eutanásia, ou a morte doce, ou a morte tranquila, ou a morte misericordiosa, como preferem outros, implica também os meios de provocá-la, dando imediata a todos os que padecem de uma doença incurável e preferem esse tipo de morte a prolongar seu tormento por longos períodos de sofrimento, antes que uma morte dolorosa se aproxime.

A eutanásia costumava ser dividida em eutanásia ativa e eutanásia passiva, abrangendo assim as condutas comissivas e omissivas, respectivamente. Entretanto, atualmente aplica-se o entendimento de que não se deve mais falar em eutanásia passiva. A eutanásia é unicamente aquela em que há a ação, que tem como interesse por fim ao sofrimento físico ou psíquico de alguém (BARROSO e MARTEL, 2012). Segundo Sá (2001) eutanásia passiva é sinônimo da ortotanásia, seria a omissão, ou seja, a não realização de ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância.

Para efeitos de melhor compreensão é importante esclarecer que a eutanásia difere de suicídio assistido. Segundo Martins (2010), o suicídio assistido consiste em prover os meios para que o paciente terminal, por conta própria, ponha fim a sua vida. Pode-se apontar dois elementos de diferenciação da eutanásia para o suicídio assistido: o consentimento e o sujeito ativo; na morte assistida tanto o consentimento quanto a ação em si são do paciente, já na eutanásia o consentimento pode ser concedido pelo paciente ou por terceiros caso o paciente não esteja em condições de decidir por si próprio e a ação de abreviar a vida é praticada por um médico.

Cabe ressaltar que nem a eutanásia nem o suicídio assistido são aceitos no Brasil.

Em oposição à eutanásia e ao suicídio assistido encontra-se a distanásia, O prefixo grego “dis” tem o significado de “afastamento”

e “*thanatos*” significa “morte”. A distanásia consiste exatamente em prolongar a vida ao máximo possível, utilizando de todos os meios e procedimentos para tal, mantendo o paciente em estado terminal “vivo” a qualquer custo, sem considerar sua qualidade de vida (CABRAL; MUNIZ e CARVALHO, 2015).

Outra forma de intervenção à morte natural é a chamada ortotanásia significa etimologicamente, de acordo com Borges (2001) apud Bomtempo (2015), morte correta, *orto*: certo, *thanatos*: morte. Significa o não prolongamento artificial do processo de morte.

O procedimento de ortotanásia é permitido no Brasil desde 2006 (FÁBIO e RONCOLATO, 2017), a fim de evitar a distanásia. Contudo, para que tal “ato de misericórdia” finalmente aconteça é necessário que o médico tenha autorização do paciente ou de sua família, se houver incapacidade daquele, neste documento ficará demonstrado que o paciente não irá receber medidas extraordinárias para manter o paciente terminal vivo, cabendo a este somente os cuidados paliativos, que são aqueles que não cuidam da doença e sim dos sintomas, ou seja, servem para aliviar as dores que supostamente ocorrem com um paciente terminal.

A questão é que muitas vezes o paciente passa a aguardar a morte com sofrimento porque já sabe desde o início que não há cura para sua enfermidade, como por exemplo no caso de doenças degenerativas do sistema nervoso, doenças herdadas geneticamente, ou uma doença adquirida acidentalmente, ou até mesmo descobrindo no meio do tratamento, que a doença já chegou em seu último estágio. O sofrimento nem sempre é físico, mas psicológico, caso não tenha chegado até o doente cuidados paliativos.

Imagine-se, por exemplo, um paciente que sofreu um AVC (acidente vascular cerebral) e desde então ficou paralisado em todo seu corpo, com exceção dos olhos, mas isso comprovadamente não afetou suas faculdades mentais, se comunicando pelos olhos através de um software. Na vida real, há um caso assim, há sete anos um paciente desejava morrer, mas não tinha como suicidar-se devido a

sua condição física. aconteceu na Inglaterra, em 2012, o nome do paciente era Tony Nicklinson. Ele pediu ao Estado o direito de morrer. E este lhe foi negado pela Corte de Apelação Britânica. Tony morreu no meio do processo em que recorreria à Suprema Corte do Reino Unido, cometeu “suicídio por inanição”, se recusando a comer por vários dias, acabou contraindo pneumonia (BBC BRASIL, 2012).

Tony teve que esperar sete anos para obter seu alívio, e mesmo todos, inclusive o Poder Judiciário Britânico, vendo o sofrimento pelo qual passava, ainda assim, não lhe foi concedido o “direito” de tirar a vida que pertencia a ninguém mais do que a ele mesmo, teve que passar sete anos sendo torturado dentro do próprio corpo, não tendo nenhum tipo de qualidade ou de dignidade de vida. Tony morreu em agonia, que poderia ter sido facilmente evitada, única e simplesmente porque foi dado ao Estado ao invés de a cada cidadão individualmente o poder de decidir quanto mais sofrimento ele poderia aguentar.

3 O direito de uma morte digna no direito comparado

Primeiramente é prudente explicar, para fins didáticos, que o direito de morrer dignamente aqui tratado é apenas no que diz respeito a eutanásia e o suicídio assistido. Dito isto, é importante diferenciar duas condutas: legalizar e despenalizar. Alguns países legalizaram o direito de tirar a própria vida, ou seja, criaram leis específicas sobre o tema, como por exemplo a Holanda, a Bélgica e a Colômbia, já a Suíça e o Uruguai apenas despenalizaram a conduta, tornando-a atípica. O que poderá ser observado, adiante.

3.1 Holanda

Não há melhor modo de começar a falar do direito de morrer do que falando de seu pioneiro. A Holanda foi o primeiro país do mundo a legalizar o suicídio assistido e o segundo a permitir a eutanásia, ficando atrás apenas do Uruguai, isso foi possível através

da Lei WTL – Wet Toetsing Levensbeeindiging (Do holandês significa “O ato sobre o término da vida à pedido e suicídio assistido”) de 2001, que entrou em vigor em 2002, alterando os artigos 293 e 294 da Lei Criminal Holandesa (MOLINARI, 2014).

O artigo 293 passou a ter na sua redação que a pessoa que deliberadamente encerra a vida de outrem será punida, entretanto, não será punido o médico que encerre a vida de outrem, desde que ele tenha observado os requisitos contidos no artigo 2º, os quais retratam sobre o final da vida, mediante pedido ou suicídio assistido e o artigo 294, que estabeleceu que uma pessoa que intencionalmente auxilia outra em suicídio, também, não é passível de punição se foram observados os requisitos do artigo (ALBUQUERQUE, 2006, p.300).

Os requisitos mencionados pelo Código Penal Holandês, dispostos no seu artigo segundo, cujas condutas não são passíveis de punição são os seguintes: que o médico estava convencido de que havia um pedido voluntário e bem considerado do paciente, que encontrava-se convicto de que havia sofrimento impossível e insuportável do paciente, que informou o paciente sobre a situação em que se situava e sobre suas perspectivas, que o paciente chegou a acreditar que, para a situação em que ele estava presente, não havia alternativa razoável, que consultou pelo menos um outro médico independente, que viu o paciente e emitiu seu julgamento por escrito sobre os requisitos de cuidados devidos referidos e que, no caso do suicídio assistido, realizou a assistência com medicamento e com o devido cuidado e a pedido do paciente, (ALBUQUERQUE, 2006, p.300).

Sendo assim, a Holanda não somente descriminalizou a conduta, mas a legalizou, desde que cumpridos os requisitos legais, como mencionados, vontade incontestável do paciente, sofrimento insuportável, informação pelo médico sobre a situação e perspectivas, não acreditar o paciente em outros meios de cura, atestado de outro médico que confirme os requisitos anteriores e realização da abreviação da morte com cuidado.

Observa-se ainda, que a referida lei criminal holandesa não estabelece como requisito ser paciente terminal, e sim o grau de sofrimento no qual o indivíduo se encontra, ou seja, a lei em si não restringe a que tipo de angústia aquela pessoa sente. O Jornal El País (2017) relatou o caso do holandês Mark Langedijk, que tinha 41 anos, não sofria de nenhum tipo de doença em estágio terminal. Mark era alcoólatra, já tendo dado entrada e saída em mais de 21 clínicas de desintoxicação, sofria também de depressão e transtorno de ansiedade, ele pediu a eutanásia em julho de 2016 que lhe foi concedida. Mark morreu em casa, acompanhado de sua família, seu melhor amigo e de um pastor, que aproveitaram uma boa refeição juntos até a hora de dizer adeus.

Outro ponto interessante da lei holandesa é o fato de permitir a eutanásia inclusive em menores de idade, a partir dos 12 anos com a autorização dos pais. Nesse ponto é possível identificar um certo conservadorismo por parte da Lei Holandesa, se os pais são capazes de decidir se o filho é ou não capaz de levar uma vida com dores “suportáveis” a partir dos 12 anos, deveriam eles também serem capazes de decidir por seus filhos antes disso, não os fazendo esperar em agonia até os 12 anos de idade, (MORTE ASSISTIDA - OS PAÍSES QUE PERMITEM A EUTANÁSIA, 2017)

Importante ressaltar que a maioria das nações que permite o tipo de procedimento aqui descrito, a eutanásia e o suicídio assistido, deve se dar apenas a cidadãos do próprio país.

3.2 Bélgica

Logo após a Holanda veio sua vizinha Bélgica, em abril de 2002, disciplinar as intervenções na morte. Inicialmente a lei belga foi mais protetiva que a holandesa quando se tratava de menores de idade, só sendo permitida a maiores de 18 anos, entretanto, em 2014 ela se tornou mais extensiva, e então pode-se dizer que a Bélgica foi o primeiro país a permitir a eutanásia em menores sem limite de idade (MOLINARI, 2014).

No caso da eutanásia, em adultos, a lei exige que sejam maiores ou emancipados, devendo preencher a requisição voluntariamente, ter condição médica *sem esperança, estar vivenciando um sofrimento físico ou mental constante e insuportável que não pode ser aliviado, decorrente de uma lesão grave ou incurável ou condição patológica. Se faz necessário, também, uma segunda opinião médica, e até mesmo uma terceira, quando o paciente não estiver em estágio terminal* (ALLIANCE VITA, 2017).

Assim como na Holanda, a Bélgica não restringe a eutanásia para maiores à pacientes com doenças físicas, mas também, àqueles com sofrimento mental.

Já para menores de idade a lei belga não aponta uma restrição a idade, porém exige que o menor seja capaz de discernir, obedecendo os mesmos requisitos estabelecidos para os maiores de idade, sem porém dar margem a eutanásia por sofrimento mental em menores de idade (ALLIANCE VITA, 2017).

A abertura em relação à idade significa uma vitória em favor da dignidade humana, não buscando somente quantidade, mas sim qualidade de vida, pois principalmente os infantes não deveriam ter que passar por mais sofrimento do que podem suportar.

Ao analisar a legislação belga, também, entende-se que a intervenção na morte somente pode ser feita pelas mãos de um médico, através da eutanásia, não abrindo margem para o suicídio assistido, que continua sendo crime no país.

Caso que ficou famoso no mundo foi o da para-atleta belga Marieke Vervoort. Ela, que é portadora de doença degenerativa, uma tetraplegia progressiva aliada a uma distrofia miopática, uma doença que provoca desmaios e não permite que ela durma por mais de dez minutos. Vervoort afirmou ter obtido a autorização para decidir seu futuro através da eutanásia em 2008, que se não fosse por isso ela já teria cometido suicídio há muito tempo, disse que

desde então tem paz de espírito pois pode escolher quando a dor for demais para que pudesse aguentar e defendeu:

Com minha história quero inspirar os países a tentar deixar as pessoas mais felizes. Eu acho que haveria menos suicídios [no mundo] caso a eutanásia fosse permitida. Com a eutanásia eu deixei de pensar em suicídio. Não é assassinato, é uma coisa positiva. Ela ajuda a pessoa a viver mais tempo." (CURRO, 2016).

A para-atleta critica o Brasil por considerar a eutanásia crime, para Vervoort o debate sobre a eutanásia deve ser realizado, e ao contrário do que muitos pensam, a sua possibilidade passa tranquilidade a quem se encontra em condições de doença degenerativa incurável.

3.3 Suíça

A Suíça é famosa no mundo inteiro por ser o único país do mundo que permite suicídio assistido de estrangeiros não residentes no país, gerando o tão comentado “turismo de morte”. Porém, ao contrário do que muitos propagam, a eutanásia é crime na Suíça, somente é tolerado o suicídio assistido (MOLINARI, 2014).

Existem duas organizações locais que promovem a morte indolor na Suíça: a “Exit” e a “Dignitas”, sendo esta última a única que estende seus serviços a estrangeiros não residentes, a “Exit” faz esse procedimento somente em suíços ou estrangeiros residentes na Suíça (MOLINARI, 2014).

O Código Penal Suíço é antigo, remonta ao ano de 1937, tipificando no seu artigo 115 como crime aquele que incita ou auxilia o suicídio tendo como pano de fundo, motivos egoístas, o que, por outro lado a partir desse artigo se interpreta a “permissão” do suicídio assistido na Suíça.

É puramente uma questão hermenêutica, e por esse motivo que não se diz que há leis a respeito, regulamentando, pois uma vez que os motivos da pessoa que auxilia ou incita ao suicídio não seja

egoísta, ela não comente crime. Assim, pela premissa, caso a incitação ou auxílio ao suicídio não seja por motivos egoístas, como por exemplo, para receber herança ou não querer cuidar mais do paciente, é permitido. A razão pela qual clínicas de auxílio à morte existem é baseado na afirmação que se considera uma causa humanitária.

No site da “Dignitas” não há dados sobre a quantidade de pessoas inscritas nem quais suas nacionalidades, mas sabe-se que entre 1998 e 2011 a associação Dignitas ajudou 1.169 estrangeiros e esse número só tende a aumentar, (LEHMANN, 2016).

Mas nem tudo são rosas, para conseguir o auxílio ao suicídio na Suíça não é necessário somente estar lá, deve-se preencher uma série de requisitos, assim como na Holanda e na Bélgica, mas o principal fato ao qual se deve atentar é que “para evitar uma condenação, quem prestou o auxílio deve provar que o paciente sabia o que estava sendo feito e que tenha feito um pedido "sincero" para que fosse dado fim à vida ao longo de um período de tempo.” (PERASSO, 2015)

3.4 Uruguai

Pode-se afirmar que o Uruguai foi o primeiro país a permitir, de certa forma, o direito a uma morte digna, através da eutanásia, não havendo porém legislação própria para esta, como no caso da Holanda, na prática o juiz analisa cada caso concreto em sua individualidade, não há permissão prévia para cometer qualquer ato contra a vida de alguém.

Reza o texto do Código Penal Uruguaio (1934) no seu Artigo 37: “ Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima” (URUGUAY, 1934). Isto é, os juízes têm a faculdade de exonerar da punição, ou de considerar como crime, aquele que à época que

cometeu um homicídio, efetuado por motivo piedoso, em razão de súplicas reiteradas da vítima, tinha antecedentes honrados.

Para tal conduta figurar ou não como crime são analisados 3 (três) elementos como já proclama o próprio artigo 37: ter antecedentes honráveis, o que pode ser perfeitamente comprovado por testemunhas, e antecedentes de vida pregressa, tê-lo feito por motivos de piedade e a vítima ter feito não só uma, mas reiteradas súplicas para que lhe fosse tirada a vida.

Ponto interessante a ser destacado é que mesmo a eutanásia sendo permitida, o suicídio assistido não o é, e este, por sua vez, se configura como crime no Código Penal Uruguaio (1934), de acordo com o seu artigo 315, (URUGUAY, 1934):

Art. 315:

El que determinare al otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría..Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes.

Da mesma forma que a legislação holandesa, a lei uruguaia não é afirmativa quanto a possibilidade do cometimento da eutanásia, pelo contrário, prevê pena no caso de retirada da vida de outrem, no entanto, deixa de apenar quando o homicídio é por causa piedosa, já quando ao suicídio, diferentemente da legislação suíça, não dá margens a interpretações acerca do suicídio assistido, independentemente de ter sido ou não por razões não egoístas, os juízes não têm o poder de exonerar a pena.

3.5 Colômbia

A morte assistida na Colômbia foi despenalizada em 1997 quando a Corte Constitucional da Colombiana decidiu no mesmo

sentido do Uruguai, considerar o homicídio piedoso isento de pena (MOLINARI, 2014).

“Nada é mais cruel que obrigar uma pessoa a sobreviver em meio a padecimento oprobrioso, em nome de crenças alheias” proferiu na decisão o conhecido magistrado Carlos Gaviria, que enfatizou no mesmo discurso a natureza terminal da doença e a vontade plena do paciente na Colômbia, (TORRADO, 2018).

Porém após a decisão o assunto não foi mais objeto de holofotes, sendo trespalado 17 anos depois, quando a Corte Constitucional ordenou em 2014 que o governo deveria regulamentar o direito à morte, criando suas diretrizes. Em 2015, o Ministério da Saúde publicou uma resolução regulamentando a eutanásia, porém só para maiores de 18 anos (TORRADO, 2018).

Em 2017 nova resolução do Ministério entrou em vigor, dessa vez sobre a eutanásia em crianças e adolescentes. Crianças menores de 6 anos, ou aqueles que tenham transtornos psiquiátricos ou deficiência mental ficaram excluídos. Em ambos os casos só pode ser feito em pacientes terminais, com vontade inequívoca e não há abertura para deficientes mentais ou pessoas com transtornos psiquiátricos. Quanto à estrangeiros ambas as resoluções nada determinam. (TORRADO, 2018).

O primeiro caso de eutanásia na Colômbia ocorreu no mesmo ano da resolução de 2015, um paciente de 79 anos com câncer terminal na boca, que já tinha lutado contra seu destino com incessantes quimioterapias desde 2010, tinha perdido um osso do rosto e desfigurando todo o lado esquerdo da bochecha. Qualquer esforço mínimo para falar já o fazia enfrentar dor excruciante, que não cessava mesmo quando ficava calado. Já não se podia apreciar o gosto dos alimentos pois só podia ingerir alimentos líquidos e em posição reclinada (LAFUIENTE, 2015).

A Colômbia de certa forma abre um precedente gigantesco na América do Sul a respeito da regulamentação a eutanásia, acendendo margem para novos debates em países sul americanos,

propiciando inspiração e destampando as vendas para a cruel realidade de quem vive em estado de agonia.

4 O direito de uma morte digna no Brasil

O Código Penal Brasileiro, remonta ao ano de 1940, cenário político da ditadura militar brasileira, em 1937 o então presidente Getúlio Vargas tinha acabado de fechar o Congresso Nacional, dando início ao chamado “Estado Novo”, outorgando uma nova Constituição declarando-se “autoridade suprema do Estado” dando a si mesmo poder para emitir leis da forma que bem entendesse. A situação piorou quando o Brasil entrou no conflito da Segunda Guerra Mundial, declarando assim estado de guerra e suspendendo expressamente por decreto os já escassos direitos fundamentais que haviam sido concedidos pela Constituição então vigente. Foi nesse cenário de completa ilegalidade que surgiu o ainda em vigor Código Penal. (ZAPATER, 2016).

A eutanásia e o suicídio assistido são duas práticas proibidas desde aquela época, 1840, que nunca sofreram nenhuma alteração em seus respectivos textos recriminatórios, apesar de a eutanásia não ser tipificada como crime específico, a pessoa que a comete é acusada de homicídio privilegiado. A utilização do termo “privilegiado” dar-se em razão desta modalidade ser causa de diminuição de pena, na forma como dispõe o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, pois se o agente tiver cometido crime em face de motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção por motivos que são expostos pelo próprio Código Penal Brasileiro em seu artigo 121(BRASIL, 1940)

O suicídio assistido, por sua vez, encontra sua tipificação no artigo 122 do Código Penal (BRASIL, 1940), penalizando o induzimento, instigação, ou auxílio ao suicídio, no caso de motivo egoístico, a pena é duplicada. O diploma legal, também, recrimina aqueles que o cometem por motivos não “piedosos” por assim dizer,

aqueles que o fazem por motivos egoísticos, sendo isso causa de aumento de pena.

Regimes autoritários como diz o próprio nome não são nenhum pouco favoráveis às liberdades individuais (ZAPATER, 2016). Dado tanto o fato da idade do Código Penal Brasileiro, quanto seu conteúdo fascista, nota-se claramente que este não conseguiu acompanhar a evolução do pensamento da sociedade, precisando amoldar-se em alguns casos à realidade flexibilizada que é o pensamento moderno.

As leis de um país devem ser interpretadas à luz de sua Carta Magna, o que não aconteceu no caso do direito à morte digna de acordo com o princípio da dignidade humana previsto na então atualmente vigente Constituição Federal de 1988, pois apesar de o Código Penal ser um tanto “condescendente” em relação àqueles que matam por piedade, uma vez que o aumento da pena se dá em razão de motivo egoístico, ainda continua condenando pessoas que por um ato de humanidade, põem fim ao sofrimento de outra, em decorrência de suas próprias súplicas, muitas vezes diante de um quadro de dor insuportável.

4.1 O Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é extremamente difícil de ser definida em palavras, porém Sarlet (2001) apud Mikos (2018, p.1) conceitua:

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

Trata-se do direito que cada ser humano tem individualmente de lhe ser assegurado seus direitos fundamentais, de serem respeitados tanto pela sociedade quanto pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento, ou seja, é um dos pilares da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, assim leciona nada menos do que o primeiro artigo da Constituição Federal Brasileira. A Constituição Federal do Brasil “[...] têm como fonte a dignidade da pessoa humana os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas” (MIRANDA, 1998 apud CASTRO, 2006, p.174), são incontáveis os artigos constitucionais que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

É exatamente nesse princípio da dignidade da pessoa humana que o direito a morte digna se baseia, afinal, é senso comum de que não há dignidade humana se não houver vida, porém há motivo para que a dignidade humana tenha sido colocado como fundamento do Estado Democrático de Direito, pois no sofrimento exagerado, sem cura, sem perspectiva, não existe dignidade.

São inúmeros os direitos que derivam da dignidade humana: à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, à moradia e à saúde são somente alguns dos incontáveis que foram postos na Constituição. São direitos tão básicos mas ao mesmo tempo tão essenciais que não há mais forma de imaginar uma sociedade em que eles não existam sem imaginar completo caos.

A corrente que não admite o direito de morrer baseia sua afirmação no artigo 5º, caput, da Constituição Federal que assevera ser garantido, à brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, porém ainda no caput desse mesmo artigo é garantido a inviolabilidade à liberdade, não parando por aí, o inciso III desse mesmo artigo garante que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante e logo após, no artigo 6º da mesma Carta é assegurado o direito à saúde, (BRASIL, 1988).

O Estado deve assegurar à pessoa o direito de continuar viva, e de proporcionar dignidade ao ser humano. Importante, nesse caso, é relacionar o direito à vida como uma obrigação do Estado, e não uma imposição.

4.2 Diretivas Antecipadas de Vontade

Erroneamente qualificada as diretivas antecipadas de vontade, como testamento vital, não deve ser desta forma denominada, pois testamento é um negócio jurídico que produz efeitos para depois da morte. O termo testamento vital é uma tradução literal de “living will”, que surgiu nos Estados Unidos em 1967, que proporciona ao paciente que um dia estiver incapaz de manifestar sua vontade, não se submeter a tratamentos médicos (BOMTEMPO, 2012), objetivando assim inibir os chamados tratamentos extraordinários e abusos médicos que procuram curar seus pacientes a qualquer custo, evitando a distanásia.

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) devem produzir efeitos antes da morte, e são consideradas, também, um negócio jurídico, embora, não seja considerada um contrato típico, pois não se encontra explicitamente disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro.

O avanço da medicina, com tratamentos que passaram a prolongar a vida, mesmo que o paciente não esteja em sua sã consciência foi o que impulsionou a discussão acerca das DAV, pois se vincula a possibilidade do paciente poder manifestar sua vontade antes de, em razão do agravamento de sua doença, não poder mais fazê-lo, e se tornar um escravo do seu próprio corpo.

As DAV estabelecem-se, por um documento assinado, enquanto o paciente ainda se encontra em plena capacidade civil, contendo como conteúdo o que pode e o que não pode ser realizado como tratamento para sua doença. Constitui-se pela mistura de dois institutos: o testamento vital e o mandato duradouro. No primeiro o próprio paciente em estado terminal irá dispor sobre o tratamento que deve

ou não receber, já no segundo há a nomeação pelo paciente de uma pessoa de confiança para tomar as decisões em nome do paciente quando este não mais se encontrar capaz (CLAUDINO, 2015).

Não se trata aqui de burlar a lei, ou descumpri-la, promovendo, um suicídio assistido, ou uma eutanásia, se trata de uma manifestação de vontade perfeitamente legal, enquanto possível o exercício da autonomia privada da pessoa natural, trata-se de uma ortotonásia.

No caso das DAV o Código Civil, no seu artigo 15, estabelece que ninguém é obrigado a se submeter a qualquer tratamento que ponha em risco sua vida. O próprio Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1995/2012 entendeu que os médicos devem respeitar a vontade do paciente quanto às suas diretivas e que este prevalecerá sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sob o desejo de familiares.

5 Conclusão

Ficou demonstrado que em muitos países já se legisla abertamente, sem penalizar certas intervenções na morte seja pela eutanásia ou suicídio assistido, ou ambos. É possível, perfeitamente, pensar no direito de morrer, a partir de uma intervenção, como o maior bem que se possa fazer à vida de outra pessoa, em razão desta encontrar-se em sofrimento físico ou psicológico sem cura.

Da mesma forma que a Holanda, a Bélgica não estabelece a possibilidade da eutanásia ocorrer apenas à pacientes com doenças físicas, mas amplia para aqueles em sofrimento mental. A Suíça, vista como o país da busca pela morte, por estrangeiros, somente possibilita o suicídio assistido, desde que os motivos sejam humanitários, rechaçando a eutanásia, enquanto que o Uruguai permite, mesmo que de uma forma um pouco deturpada, a eutanásia, não havendo regulamentações e sendo aplicado apenas na análise do caso concreto e a Colômbia permite tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, inclusive para menores de idade.

Conclui-se que o direito de viver, é fundamental, entretanto, desde que se viva com dignidade, pois se a vida não for digna de ser vivida, desde que não haja esperança em dias melhores, diante de um sofrimento infundável, o melhor é a legislação abrir-se a perspectivas de uma morte digna, o que não deixa de ser um direito fundamental.

O que se sugere ao legislador é que acompanhe as mudanças sociais, e que, independente de religião ou de quaisquer outros valores, pondere com o sofrimento, e com a agonia psicológica ou física que uma pessoa passa, visando não somente a maior quantidade de dias entre o seu nascimento e sua morte, mas a qualidade de dias entre àquele espaço temporal.

Referências

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e a Constituição holandesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 8 – jul./dez. 2006. Disponível em < http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-297-Roberto_Chacon_de_Albuquerque.pdf>. Acesso em 01 de jul de 2018

ALLIANCE VITA. **Bélgica: 15 anos após a legalização da eutanásia**. França, 7 jun. 2017. Disponível em: < <https://www.alliancevita.org/en/2017/06/belgium-15-years-after-legalizing-euthanasia>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BARROSO, Luís Alberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida> >. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL, **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em 01 de jul de 2018.

_____. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional.** Disponível em:< <http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7121-a-ortotanasia-e-o-direito-de-morrer-com-dignidade-uma-analise-constitucional> >. Acesso em: 2 fev. 2018.

_____. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente¹. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 26, p. 22-30, set. 2012. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 abr. 2018.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; MUNIZ, Manoela Soares de Freitas; CARVALHO, Vivian Boechat Cabral. **Distanásia: Lesão à dignidade à beira do leito.** Disponível em < http://www.lex.com.br/doutrina_27040757-DISTANASIA_LESAO_A_DIGNIDADE_A_BEIRA_DO_LEITO.aspx>. Acesso em: 2 mar. 2018.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais:** In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (Org). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. **Diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: < http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785>. Acesso em: 13 abril 2018.

COLÔMBIA regula a eutanásia para crianças e adolescentes. **EL PAÍS.** Bogotá, 11 mar. 2018. Disponível em: < https://elpais.com/internacional/2018/03/10/colombia/1520696972_962348.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CURRO, Luis. **Se não tivesse a opção da eutanásia, teria cometido suicídio', diz para-atleta belga.** Folha de São Paulo. 11 de set de 2016. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-no-rio/2016/09/1812278-se-nao-tivesse-a-opcao-da-eutanasia-teria-cometido-suicidio-diz-para-atleta-belga.shtml>. Acesso em 30 de jun de 2018.

FÁBIO, André Cabette; RONCOLATO, Murilo. **Se não há cura, como morrer melhor: a questão dos cuidados paliativos**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/reportagem/2017/03/13/Se-n%C3%A3o-h%C3%A1-cura-como-morrer-melhor-a-quest%C3%A3o-dos-cuidados-paliativos>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

HOLANDA. **Código Penal** (1881). Disponível em: < <http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2018-01-01>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. **Ato sobre o término da vida a pedido e suicídio assistido** (2001). Disponível em: < <http://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2014-02-15>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

LAFUIENTE, Javier. **O triste final feliz de Olvidio**. Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/03/internacional/1435890823_266874.html>. Acesso em 01 de jul de 2018.

LEHMANN, André. **Veja**. América Latina, 06 de maio de 2016. Congresso mundial sobre suicídio assistido começa na Suíça. São Paulo, 12 jun. 2012. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/ciencia/congresso-mundial-sobre-suicidio-assistido-comeca-na-suica/> />. Acesso em: 01 jul. 2018.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8765>. Acesso em: 2 fev. 2018.

MIKOS, Nádya Regina de Carvalho. **O princípio constitucional da dignidade humana como fundamento do estado contemporâneo**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8677>. Acesso em: 22 mar 2018.

MOLINARI, Mário. **Eutanásia: análise dos países que permitem**. Disponível em: < <https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>> Acesso em: 13 mar. 2018.

MORTE ASSISTIDA - Os países que permitem a eutanásia. **Diário de Notícias**. 03 de dezembro de 2017. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/interior/os-paises-que-permitem-a-eutanasia-8959570.html>. Acesso em 01 de jul de 2018

MORTE de britânico após parar de comer encerra caso, mas não polêmica sobre eutanásia. **BBC BRASI**. Brasília, 23 ago. 2012. Internacional. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120823_eutanasia_ss.shtml>. Acesso em: 08 mar. 2018.

O TRISTE final feliz de Ovídio. **EL PAÍS**. Bogotá, 3 jul. 2015. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/03/internacional/1435890823_266874.html>. Acesso em: 14 mar. 2018

PERASSO, Valéria. **GLOBO**: Ciência e Saúde. São Paulo, 12 de set de 2015. Suicídio assistido: que países permitem ajuda para morrer? São Paulo, 12 set. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/09/suicidio-assitido-que-paises-permitem-ajuda-para-morrer.html>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

SÁ, Maria de Fátima, **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUÍÇA, **Código Penal** (1937). Disponível em: < <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TORRADO, Santiago. **Colômbia regulamenta eutanásia para crianças e adolescentes**. **EL PAÍS**. Brasil, 11 de mar de 2018. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/10/internacional/1520696972_962348.html. Acesso em 01 de jul de 2018.

URUGUAY, **Código Penal** (1934). Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/penaluru.htm>>. Acesso em: 01 jul 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. 2º ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

ZAPATER, Maria. **O Código Penal de 1940: não parece que foi ontem?** Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/03/0-codigo-penal-de-1940-nao-parece-que-foi-ontem/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Direito ao esquecimento: a tutela da privacidade em face da liberdade de expressão e informação

Anna Rachel Caminha Morais¹
Joana de Moraes Souza Machado²

1 Introdução

Na sociedade contemporânea, o direito à privacidade não deve mais ser entendido apenas sob o viés do recato e do isolamento, como preconizado no século XIX por seus primeiros idealizadores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis na *Harvard Law Review*, no artigo intitulado *The Right to Privacy*, mas também como um direito à autodeterminação informativa, ou seja, o direito de ter o controle de suas próprias informações.

Nesse contexto, surgiu também a noção acerca de um direito ao esquecimento, intimamente ligado ao direito à privacidade, que ao contrário do que muitos pensam não se revela como um direito a se “apagar” a própria história, mas sim de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mas especificamente, o modo e a finalidade com que são lembrados (SCHREIBER, 2014).

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi.

² Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí – UFPI e Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi.

Percebe-se que a facilidade de socialização das informações provocou a perda do controle do indivíduo sobre informações que lhe digam respeito. Mesmo decorrido considerável tempo desde a efetiva disponibilização dos dados, estes podem ser facilmente revisitados, especialmente aquelas informações publicadas na internet por assumirem caráter de perenidade, causando assim, um grave risco à privacidade das pessoas.

Dessa forma, é importante que seja fortalecida uma noção de privacidade condizente com o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, que demanda a proteção de uma esfera da pessoa diretamente relacionada à sua projeção perante a sociedade em que se encontra inserida. Assim, tem-se a necessidade não só de ser formalmente reconhecido esse direito, mas concretamente efetivado, como uma forma de defesa das pessoas, tanto contra o poder do Estado, como também o arbítrio de particulares.

O presente estudo tem como pretensão analisar a possível tensão entre o direito à privacidade, sob o viés do direito ao esquecimento com a liberdade de expressão e informação. Destaca-se que tal temática já foi trazida à discussão nacional devido à edição pelo Conselho da Justiça Federal de enunciado reconhecendo-o como uma extensão dos direitos da personalidade.

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, determina que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito de esquecimento”. Tal direito assegura uma possível discussão acerca da forma como certos fatos passados venham a ser recordados. O Enunciado faz parte de uma orientação doutrinária, envolvendo interpretação da maioria dos estudiosos sobre o tema, que incluíram o direito ao esquecimento como um direito de personalidade (artigo 11 do Código Civil).

Pode-se afirmar que o direito ao esquecimento é a relativização de uma interferência na vida privada da pessoa, no entanto, não permite que seja anulado o direito à informação. Deste modo, a problemática seria identificar, no caso concreto, que a

divulgação de fatos passados não mais interessa à opinião pública. Tal divulgação fragiliza por demais a privacidade das pessoas.

No período em que internet se tornou o meio de comunicação mais utilizado pela população, defende-se que o “direito ao esquecimento” não impede “o direito à informação”, ambos amparados constitucionalmente. O primeiro busca garantir a dignidade humana, já o segundo busca preservar a história e a liberdade de expressão e informação.

A temática, que ora se discute neste trabalho, passou a ser objeto de discussão no Brasil pela via jurisprudencial, quando julgou dois casos paradigmáticos, que passaram a ser referência nacional sobre o tema. Os dois casos se referem à julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, “Chacina da Candelária” (Resp nº 1334097/RJ) e caso “Aída Curi” (Resp nº 1335153/RJ), em que se reconheceu a existência desse direito. Mais recentemente, o STJ em recente decisão no REsp 1.660.168/RJ, reconheceu no Brasil a possibilidade de o indivíduo pleitear judicialmente a remoção de resultados de pesquisas na internet, em casos excepcionais.

Inicialmente, far-se-á análise acerca dos conceitos de intimidade e privacidade, como direitos fundamentais e da personalidade. Em seguida, abordar-se-á o direito ao esquecimento, histórico e conceituação. Após, analisar-se-á o conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de informação e expressão. Na sequência, analisar-se, também, as decisões jurisprudenciais no âmbito internacional e nacional. E por fim far-se-á abordagem acerca do direito ao esquecimento no âmbito da internet, destacando a tutela da privacidade na era da tecnologia.

Para enfrentar essas questões, os dados coletados neste trabalho serão predominantemente descritivos, a partir do levantamento da bibliografia publicada, tanto nacional como estrangeira, incluindo revistas científicas e periódicos, que possam fornecer conhecimentos acerca do objeto da investigação.

2 Direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, imagem, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social.

Acerca o objeto dos direitos da personalidade, Miranda (1998, p. 58) afirma que:

Os direitos da personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanções da personalidade humana; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parceladas da personalidade humana.

Pode-se afirmar que os direitos da personalidade são uma categoria diferenciada e especial, pois protegem a essência da pessoa e as suas principais características, Segundo Bittar (1995, p.1) “são da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros”.

Para Schreiber (2013) os direitos da personalidade são atributos essenciais da pessoa humana e seu reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. Nos últimos séculos, o tema foi tratado sob diferentes enfoques e denominações.

A Assembleia Constituinte Francesa, em 1789, usou a expressão Direitos do Homem e do Cidadão. Na declaração das Nações Unidas em 1948, empregou a denominação Direitos Humanos. No Brasil, após importantes contribuições doutrinárias, ganha corpo o processo de constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana, tendo a Carta Magna de 1988 elevado os direitos da personalidade ao *status* de direitos fundamentais, buscando tornar mais efetiva a dignidade humana (SCHREIBER, 2013).

O indivíduo passou a receber do estado proteção para garantir seus direitos fundamentais, entre eles, os chamados direitos da personalidade, assegurados no seu artigo 5º, inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), bem como no Código Civil de 2002.

Vários autores abordam a importância dos direitos da personalidade como garantia dos direitos fundamentais, pois a personalidade é o primeiro bem do ser humano, sua honra, sua privacidade, seu íntimo. Segundo Scarlat (2010, p 14-15):

O fundamento dos direitos da personalidade é, em linhas muito gerais, o reconhecimento, pela ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana e da necessidade de proteger as diversas manifestações de tal dignidade e personalidade. [...] Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são sempre direitos humanos e fundamentais, mas nem todos os direitos humanos e fundamentais são direitos de personalidade

Nesse sentido, todos os demais direitos giram em torno de um foco principal que é a valoração da dignidade da pessoa humana. Como estabelece Farias (1996), a dignidade humana se refere às exigências básicas do ser humano, indispensáveis para a uma existência digna, bem como propiciar as condições indispensáveis para o desenvolvimento das suas potencialidades.

A pessoa humana constitui o ponto central da ordem jurídica. Pode-se afirmar que os direitos da personalidade têm sua origem na própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os mais importantes valores do indivíduo, seja em face do Poder Público ou dos demais indivíduos, expressando o mínimo necessário e imprescindível para uma vida com dignidade.

No âmbito infraconstitucional, o Código Civil de 2002 dedica um capítulo do artigo 11 a 21, em sua parte geral, à tutela dos direitos da personalidade, onde são inatos, absolutos, vitalícios, intransmissíveis e irrenunciáveis. Podem sofrer limitação legal, mas não voluntária (art. 11).

2.1 Da privacidade e intimidade

O Direito à privacidade é considerado uma espécie dos direitos da personalidade, que se referem ao próprio homem e têm por fim resguardar a dignidade da pessoa humana. Segundo Leonardi (2012), tal conceito foi primeiramente formulado pelas juristas Samuel D. Warren e Louis Brandeis, no artigo “*The right to privacy*”, em 1890. Os referidos autores conceituaram o direito à privacidade como “direito a ser deixado só” (*Right to be alone*). Entendiam que as novas tecnologias representavam ameaças à privacidade. Fotografias instantâneas e a indústrias de jornais invadiam a vida privada. Para eles, a essência da privacidade é a inviolabilidade da personalidade, e não a propriedade privada, onde o valor não está relacionado com o direito de receber indenização por alguma publicação, mas na paz, ou no alívio assegurado pelo impedimento de publicações com informações que dizem a respeito próprio.

Segundo Chaves (2013, p. 258):

[...] a vida privada é o refúgio impenetrável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a

atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa.

O direito de estar só, segundo Cavalieri (2014), é o direito que a pessoa tem de ser deixado em paz e tomar as decisões na sua intimidade, evitando que certos aspectos da vida privada cheguem ao conhecimento de terceiros, como por exemplo, confidências, hábitos pessoais, relações familiares, vida amorosa, profissional, etc.

Esse primeiro conceito de privacidade como sendo o “direito de ser deixado só”, remete à não interferência pelo Estado na vida do indivíduo, bem como a não interferência também de particulares.

Nos dias de hoje, no entanto, a noção de privacidade vai além dos conceitos de isolamento ou tranquilidade. O “direito de estar só” não é suficiente em uma sociedade em que os avanços tecnológicos estão cada vez mais se expandindo. O isolamento não garante por si só a privacidade do indivíduo. Atualmente, fala-se em direito á autodeterminação informativa, ou seja, o direito que cada indivíduo tem de controlar as informações pessoais que lhe digam respeito, aspecto que tem franca vinculação com o tema, objeto deste estudo.

No ordenamento brasileiro, discute-se sobre os conceitos de vida privada e intimidade, e ambos os termos estão contidos no art. 50, inciso X, da Constituição Federal:

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

Ao falar sobre a norma detalhada do referido dispositivo constitucional, Barros (1997) afirma que a Constituição de 1988 tutela o direito à reserva da intimidade também como a vida privada. Cada indivíduo tem de se recolher e evitar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como, impedir o

acesso a informações de sua vida , e impedir que sejam divulgadas informações pessoais.

Para Moraes (2014, p.33):

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5.º refere-se tanto a pessoa física quanto a pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, à proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa.

Os doutrinadores brasileiros empregam diferentes denominações para tratar da privacidade. Utiliza-se vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade, privacidade, dentre outros.

Nas palavras de Leonardi (2012, p. 48):

Dependendo do doutrinador consultado, encontram-se conceitos abrangentes ou restritivos de privacidade. Assuntos como liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, quietude do lar, recato, controle sobre informações pessoais, proteção da reputação, proteção contra buscas e investigações, desenvolvimento da personalidade, autodeterminação informativa, entre outros, são incluídos, de acordo com a definição adota.

Na doutrina, há uma dificuldade de definição entre privacidade e intimidade, sendo, muitas vezes, utilizados como sinônimos. Isso se deve ao fato de tais direitos terem caráter subjetivo. Segundo Machado (2014) as duas expressões foram utilizadas na Constituição Federal de 1988, entendendo-se que ambas garantem a proteção da pessoa humana. Porém, há um problema trazido pelo legislador na utilização de tais termos, isto porque é importante ressaltar que são dois termos distintos, e devem ser valorados de formas diferentes.

Importante citar a Teoria dos Círculos Concêntricos de Hubman, um esquema de esferas concêntricas com a finalidade de

mostrar os diferentes graus de manifestação da privacidade. A teoria das esferas divide a noção de privacidade em três esferas concêntricas (esfera privada, íntima e secreta). (MACHADO, 2014)

Na esfera privada encontram-se aspectos da vida da pessoa excluídos do conhecimento de terceiro. A esfera íntima contém os valores no âmbito da intimidade, com acesso restrito a determinados indivíduos com os quais a pessoa se relaciona de forma mais intensa. Por fim, na esfera do segredo, refere-se ao sigilo, que envolve as manifestações e preferências íntimas que são componentes confidenciais da personalidade da pessoa. Assim, quanto mais interna for a esfera, mais intensiva deve ser a proteção jurídica.

Em suma, o direito à privacidade, é uma dimensão mais ampla, tem por objeto os comportamentos e acontecimentos inerentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseje tornar público. Já o direito à intimidade é a tutela de aspectos mais íntimos, que dizem respeito apenas à própria pessoa na relação consigo mesma, preservando o indivíduo do conhecimento alheio.

3 O direito ao esquecimento

Pode-se afirmar que o chamado direito ao esquecimento já foi consagrado em vários países democráticos, sendo considerado um desdobramento da privacidade. Surgiu para impedir que as pessoas sejam estigmatizadas pelo seu passado, por um fato, verídico ou não, que aconteceu em determinado momento de sua vida e que seja exposto ao público, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

Tal direito tem a finalidade de proteger o indivíduo da repercussão negativa e prejudicial de atos passados. Ganhou respaldo com o advento da crescente evolução tecnológica nas áreas da informação e comunicação, principalmente a internet que proporciona a facilidade e rapidez das informações. A preocupação

com a tutela da intimidade e privacidade tem levado alguns países a criar mecanismos de controle de divulgação, dentro ou fora da internet, de informações que envolvam a imagem e a privacidade.

A referida temática tem sido objeto de discussão internacionalmente há alguns anos, tratando-se da possibilidade de apagar dados e notícias sobre a pessoa, impedindo que a informação fique disponível por tempo indeterminado. Alguns autores consideram o direito ao esquecimento como um direito da personalidade não positivado, mas, que deve ser reconhecido como fundamental para resguardar a dignidade da pessoa humana. Não se trata, como afirma Schreiber (2013), de apagar sua própria história, mas assegurar a possibilidade de se discutir a utilização que será dada a fatos do passado, ou seja, ao modo e a finalidade com que serão lembrados.

Assim, o indivíduo pode solicitar a retirada desde imagens, vídeos, dados pessoais, até notícias e fatos que lhe dizem respeito. A pessoa tem o direito de ser esquecida pela opinião pública e até pela imprensa. Os atos que praticaram no passado distante não podem ser eternamente lembrados. Nas palavras de Greco (2013, p.761):

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, lembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado direito ao esquecimento.

Para Rodotá (2014, apud Teffé e Barceletta, 2014, p.264), “o direito ao esquecimento apresenta-se como um direito de governar a sua própria memória, desenvolvendo para cada um a possibilidade e identidade, libertando a pessoa da tirania de gaiolas que uma memória onipresente e total poderia proporcionar”.

O direito de não ser lembrado eternamente por algum erro ou por situações constrangedoras ou vexatórias é uma forma de

garantir a dignidade da pessoa humana, e resguardar a imagem, a vida privada e à honra do indivíduo. Segundo Chehab (2015, p.4):

O direito ao esquecimento é a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição de lei.

Vale destacar que, tal direito surgiu de fato na esfera penal, com a finalidade de proporcionar a ressocialização de ex-detento. A pessoa que foi condenada e cumpriu sua pena, tem o direito de seguir sua vida normalmente. Ser lembrado eternamente por erro do passado, causa transtornos, não só para si, mas também aos familiares, e dificulta na sua reintegração na sociedade.

Segundo Mendes (2007, p 374):

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

O artigo 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”. (BRASIL, 1940).

A primeira decisão judicial acerca do direito ao esquecimento remonta a caso julgado pela Corte Superior de Quebec, em 1889. Tratava-se do reexame de pedido de reparação civil formulado por um cidadão canadense que teve acusações antigas contra si republicadas, após longo tempo, pelo Diário Le Violon. O tribunal acatou o pedido e imputou ao periódico responsabilidade civil

subjetiva, reconhecendo, assim, por via transversa, pela primeira vez, o direito ao esquecimento (PORCIÚNCULA, 2016)

Outro caso amplamente divulgado pela imprensa foi caso Lebach, em que houve o roubo de armas e munições e o assassinato brutal dos quatro soldados que vigiavam o depósito em que se encontravam armazenadas. Decorridos alguns anos, uma emissora de TV alemã produziu documentário que rememorava, em detalhes, a ação criminoso, inclusive com fotos e nomes dos condenados. O programa seria exibido pouco antes da soltura de um dos condenados, de menor participação na execução do crime, que pleiteou judicialmente medida que impedisse a transmissão. As instâncias inferiores, porém, não acataram o pedido.

No entanto, o apenado interpôs recurso, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que entendeu se tratar de colisão entre os direitos constitucionais de liberdade de radiodifusão e a proteção da personalidade. Para a corte, em regra, o interesse da população pela informação deve prevalecer sobre o direito de personalidade do criminoso. Entretanto, pelo princípio da proporcionalidade, a divulgação de nome, foto ou outra identificação do criminoso não será admitida por tempo superior à atualidade da notícia se houver risco um prejuízo à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade, como no caso analisado.

No Brasil, o direito ao esquecimento ganhou enfoque e se tornou um direito fundamental e da personalidade a partir do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), estabelece que:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou

reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Esse direito tem a função de permitir uma discussão sobre a finalidade que é dada aos acontecimentos pregressos da vida da pessoa, o que não se quer atribuir a ninguém uma forma de apagar fatos ou de reescrever nova história. Desta forma, um dos objetivos do enunciado é o de proteger a intimidade e vida privada do indivíduo, dando-lhe autonomia para poder decidir o que ele quer, ou não quer, que os outros saibam sobre a sua vida.

4 A colisão de direitos: Direito à privacidade X Direito à informação e liberdade expressão

O direito de informação consiste em um direito de liberdade resguardado como condição a todos os cidadãos, não dependendo de raça, credo ou convicção ideológica, e sua principal finalidade é fornecer base para a construção de opinião própria sobre assuntos públicos. Para Silva (2005) a liberdade de informação é a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem censura, onde os abusos são respondidos por quem cometeu. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

A **liberdade de expressão** é uma garantia assegurada a qualquer indivíduo de se manifestar. É um direito fundamental do homem que garante a manifestação de opiniões, ideias e pensamentos, com ou sem a intervenção de terceiros, por meio de qualquer tipo de linguagem ou qualquer outro meio de comunicação. A Constituição em seu art. 5º, inciso IV, expressa que é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. Também no seu artigo 220, expõe:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.(BRASIL, 1988).

Além da Constituição Federal, a liberdade de informação e expressão, encontra amparo em âmbito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, dispõe no art. XIX que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Em consonância, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, em seu art. 13:

1.Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso II. 5.

A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religiosa que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Nas palavras de Moraes (2014, apud, FERREIRA, p. 72): "o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura".

A imprensa tem um importante papel de levar informações à população com seriedade e imparcialidade. É uma das principais bases para o estado democrático de direito, o que impede a arbitrariedade estatal, por isso a luta desse direito fundamental é considerada uma das prioridades na sociedade. Essas informações podem ser transmitidas de várias maneiras, tais como, televisão, jornal, rádio, e principalmente através da internet.

A privacidade, como já vista, é uma garantia constitucional indispensável para a dignidade da pessoa humana. É indiscutível que todo indivíduo tenha o direito de ter sua vida privada resguardada. Por outro lado, se tem a liberdade de expressão e o direito a informação. Ambos são garantidos pela Constituição Federal do Brasil, no entanto, pode-se identificar possível conflito entre esses direitos fundamentais, no caso concreto.

Diante disso, tem-se de um lado, a liberdade de informação e de expressão, direitos constitucionais, bases para uma sociedade democrática de direito, onde os quais não podem estar submetidos a qualquer tipo de censura. De outro lado, o direito ao esquecimento, como decorrência do direito à privacidade, resultado de proteção constitucional dada à dignidade da pessoa humana.

A hipótese de tensão entre esses direitos têm sido objeto de discussão na doutrina e jurisprudência e ocorrem pelos seguintes motivos: a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam valores e interesse diversos ao abrigo de um documento exposto e compromissório que é a Constituição. Algumas vezes

entram em choque; os direitos fundamentais, por serem expressos sob a forma de princípios, sujeitam-se à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista das circunstâncias fáticas e jurídicas. (BARROSO, 2012).

No ordenamento jurídico brasileiro não há direitos fundamentais absolutos. Quando há conflito entre esses direitos ou entre outras disposições constitucionais, cabe ao aplicador do direito proceder à compatibilização destes, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, levando em conta o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Para Carvalho Filho (2012, p.41):

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens.

O interprete no caso concreto, deve ponderar os direitos em conflito, fazendo, que prevaleça o princípio de maior peso, e respeitando o direito excluído no seu mínimo necessário. Essa técnica busca a proteção da Constituição, fazendo com que prevaleça o interesse do constituinte. O Supremo Tribunal Federal costuma utilizar o princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos entre direitos fundamentais. É de se notar também, na CFRB/1988, o princípio da dignidade da pessoa humana que assume peculiar relevo nos conflitos entre direitos fundamentais.

Nas palavras de Mendes (2012, p. 281):

Fica evidente aqui que, também no Direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo

de ponderação entre as posições em conflito. É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como “lei de ponderação”, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.

No caso em questão, tem-se o direito ao esquecimento, como espécie de direito da personalidade, tendo como finalidade proteger a vida privada, o sigilo, o segredo, a não divulgação de informação pessoal, a não exposição da imagem. Já as liberdades de informação, expressão e manifestação do pensamento jornalístico tem por fim a transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, direitos opostos.

Para solucionar o conflito entre direitos fundamentais deve ser usada a ponderação, analisando o caso concreto minuciosamente para poder julgar e decidir qual direito fundamental deve prevalecer, assim garantindo que ninguém seja lesado.

Existem determinados fatos e notícias de uma pessoa que são irrelevantes para o interesse público, como algo que diz respeito a sua vida íntima e privada, ou fatos que algum momento tiveram relevância, como por exemplo, algum crime praticado, mas que com o passar do tempo, não tem mais importância aquelas informações serem acessadas pela população.

Na Era da informação, onde há uma exagerada exploração midiática da vida privada, não seria justo essas pessoas serem frequentemente retratados em fatos e eventos sem a devida permissão, que terminam por reabrir antigas feridas já superadas, seja pelo autor do fato delituoso que cometera no passado, ou qualquer outro fato que não diz respeito a área penal, mas que também causam algum dano à pessoa,.

Segundo Moraes (2014, p. 90):

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5.º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento

assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5.º, XIV) , que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.

Por outro lado, existem notícias e acontecimentos históricos que jamais devem ser esquecidos, que não podem ser aplicados o direito ao esquecimento, sendo lícita a publicidade daquela notícia. É o caso, por exemplo, da Ditadura Militar, que ocorreu entre as décadas de 60 e 80, onde ocorreram crimes de tortura, mortes, e censura desmedida. Esse período histórico e seus opressores devem ser sempre lembrados, por se tratar de um importante período para a história do Brasil, assim prevalecendo o direito a informação e liberdade de imprensa.

Para Lima (2014,p 16):

A ditadura militar brasileira ainda é considerada por alguns historiadores como história do tempo presente, pois muitas pessoas que a vivenciaram estão vivas, mantendo memórias muito presentes sobre estes vinte anos de duração da mesma. Deste modo, revisitar a ditadura pela CNV é um trabalho de recuperação de memórias marcantes e traumáticas. Isto se deve ao fato de um dos objetivos centrais ser a procura da reconciliação do Estado com a sociedade, pois a sociedade brasileira tem direito a memória de todos aqueles que sofreram ou morreram neste período autoritário.

Deve-se analisar o caso concreto para se saber se cabe a aplicação do direito ao esquecimento, pois cada caso tem as suas particularidades. Cabe ao interprete analisar qual melhor medida cabível para que seja decidido de forma justa.

5 Decisões acerca do direito ao esquecimento no âmbito internacional e nacional.

Ao contrário do que muitos pensam, o direito ao esquecimento não é um assunto tão recente, passou a ser mais discutido nos últimos anos, por causa da ampla utilização da internet e facilidades no acesso à informações sobre algumas pessoas. Esse direito já vinha sendo utilizado ao longo do século XX, pelos EUA e Europa, mesmo não tendo ainda essa denominação.

Em 1931, a Corte de Apelação da Califórnia fez julgamento do caso *Melvin vs. Reid*. Melvin. A autora da ação Gabrielle, no passado havia sido uma prostituta, foi acusada por participação em um homicídio e inocentada, no ano de 1918. O fato é que muito tempo depois, ela abandonou sua vida passada e construiu família com Bernard Melvin, muitos de seus novos amigos e pessoas conhecidas não conheciam este fato passado de sua vida. Porém em 1925, uma cineasta, lançou sem a sua permissão, o filme chamado “The Red Kimono” (Kimono Vermelho) produzido por Doroty Davenport Reid, baseado em fatos que contavam a sua história, sendo exposto seu nome, assim lhe causando então diversos prejuízos, motivo pelo qual seu esposo ajuizou uma ação contra todos os responsáveis pelo filme.

Apesar de no caso, a sua apreciação não ser expressamente ao direito à privacidade de Melvin, a Corte Americana julgou procedente, por ser direito de todos à busca para alcançar a felicidade, que é um dos 30 direitos proclamados na declaração de independência dos Estados Unidos da América, considerando ilícito, a exposição a vida pessoal como feito quando da divulgação do filme e da utilização de seu nome real.

Outro caso que se tornou bastante conhecido, sendo considerado o marco para o direito ao esquecimento, foi “Caso Lebach”. Em 1969, quatro soldados alemães foram assassinados em uma cidade na Alemanha chamada Lebach. Após o processo, três

réus foram condenados, sendo dois à prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão.

Esse terceiro condenado cumpriu integralmente sua pena, e dias antes de deixar a prisão, ficou sabendo que uma emissora de TV iria exibir um documentário especial sobre o crime no qual seriam mostradas, inclusive, fotos dos condenados. Diante disso, ele ingressou com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa.

A questão chegou até o Tribunal Constitucional Alemão, que decidiu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada, com o seguinte acórdão:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.
2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população
3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é

permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). (SCHWAB, 2006, apud MOREIRA, 2015 p. 260).

Portanto, o TCF afirmou que, mesmo o interesse social de obter informação pelo caso seja relevante, o réu tem o direito de manter sua imagem protegida, por a difusão sobre esse fato que ocorreu no passado, iria lhe causar danos. Dessa forma, entendeu-se que o princípio da proteção da personalidade deveria prevalecer em relação à liberdade de informação. Isso porque não haveria mais um interesse atual naquela informação, pois o crime já havia sido solucionado e julgado há anos, e a propagação de notícias sobre o caso ia dificultar a ressocialização do apenado.

No Brasil, cita-se como exemplo, a Chacina da Candelária, discutida no Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, 2013, sendo considerado o marco para a aplicação do Direito ao esquecimento no País. Foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde teve como Relator Ministro Luís Felipe Salomão e por maioria de votos, os Ministros decidiram dar provimento ao Recurso, baseado na tese do “Direito ao Esquecimento”.

A Chacina da Candelária aconteceu em 1993 no Rio de Janeiro, em frente à Igreja da Candelária. Durante uma madrugada, policiais à paisana abriram fogo contra as cerca de 70 crianças e adolescentes que dormiam nas escadarias da igreja. Várias ficaram feridas e oito morreram. Três policiais foram condenados pelo crime e dois foram absolvidos.

Anos após esse julgamento, a rede Globo de televisão realizou uma reportagem no programa “Linha Direta”, no qual contou como

ocorreu a “chacina da Candelária” e apontou os nomes e exibiu imagens das pessoas envolvidas no crime.

Um deles, que foi inocentado ingressou com ação de indenização, pois tal reportagem foi exibida contra sua vontade. A emissora pediu para entrevista-lo na época, o mesmo se negou, e deixou claro que não queria ser exposto. Mesmo os produtores sabendo, exibiram a reportagem, e não preservaram a imagem dessa pessoa. Ele argumentou que sua exposição no programa, em rede nacional, repercutiu na comunidade onde reside a imagem de que ele seria um assassino, violando seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal. Alegou, inclusive, que foi obrigado a abandonar a comunidade em que morava para preservar sua segurança e a de seus familiares.

A 4ª Turma do STJ reconheceu que ele possuía o direito ao esquecimento e que o programa poderia muito bem ser exibido sem que fossem mostrados o nome e a fotografia desse indivíduo que foi absolvido. Entenderam que a citação do nome dele, mesmo explicando que foi inocentado, causou danos à sua honra e privacidade, manteve a decisão do recurso de apelação (TJ/RJ, 2008), cujo acórdão foi relator o desembargador Eduardo Gusmão Alves Brito Neto Reformou a sentença de primeiro grau, ora negada reforma na sentença, a qual condenou a TV Globo no pagamento do valor de R\$ 50.000,00 por danos morais. (STJ, 2013, p. 1).

O STJ entendeu que o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem o direito de ser esquecido, pois se a legislação garante aos condenados que já cumpriram a pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação (art. 748 do CPP), principalmente, aqueles que foram absolvidos. Não podem permanecer com esse estigma, devendo ser assegurado a eles o direito de serem esquecidos.

Como o programa já havia sido exibido, a 4ª Turma do STJ condenou a rede Globo ao pagamento de indenização por danos morais em virtude da violação ao direito ao esquecimento.

Outro caso ocorrido no Brasil e discutido em sede de Recurso Especial 1.335.153/RJ trata-se de Aida Curi, uma jovem de 18 anos que foi assassinada no Rio de Janeiro, no ano de 1958. Quando voltava para casa depois da aula, foi surpreendida por dois rapazes e levada à força para o 12º andar do Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, onde foram ajudados pelo porteiro. Lá foi agredida, abusada sexualmente, por conta das agressões chegou a desmaiar. Para tentar encobrir o crime jogaram a jovem do alto do prédio, que veio a falecer em decorrência da queda. Na época tal fato causou enorme comoção social.

Mais de 50 cinquenta anos, a TV Globo, também o programa “Linha Direita” exibiu novamente o caso através de reportagem e simulação. Os irmãos da vítima se sentiram lesados, e entraram com uma ação contra a emissora pedindo indenização por danos morais, alegando que reedição trouxe novamente a tona angústia e sofrimento para a família. Em primeira instância tal pedido foi negado, em grau de recurso também negado, tendo a seguinte ementa:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direita Justiça". 1 - Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 - A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este

dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (fls. 974-975).

Quando o recurso especial chegou ao STJ, também tendo como relator o ministro Luis Felipe Salomão, e julgado pela 4ª Turma, sendo mantida a sentença do segundo grau. Em seu voto, o Ministro alegou que nesse caso não caberia indenização por danos morais, entendendo que a matéria não foi maliciosa, não teve a intenção de denegrir a imagem da vítima, e que seria impossível exibir fato histórico, sem mencionar Aida. Nesse caso, O STJ deu prioridade à liberdade de informação e expressão, diferentemente do caso da Chacina da Candelária.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial - REsp 1.660.168/RJ julgou um caso que envolve o direito ao esquecimento, que reconheceu no Brasil a possibilidade de o indivíduo pleitear judicialmente a remoção de resultados de pesquisas na internet, em casos excepcionais.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelas empresas Google, Yahoo! e Microsoft contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reformou a sentença para determinar a implantação de filtro por palavra-chave pelos respectivos provedores de busca, com vistas a evitar a associação do nome da autora, que atualmente exerce o cargo de Promotora de Justiça, a notícias veiculadas na internet acerca de suposta fraude no XLI Concurso Público da Magistratura do estado do Rio de Janeiro. Vale

frisar que, após apurar formalmente a ocorrência de fraudes no certame, o CNJ entendeu, por maioria, que não haveria elementos suficientes para a sua anulação. (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1660168, Rel. Min. Nancy Andrighi, Red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 08/05/2018).

6 Direito ao esquecimento na internet

Atualmente, vivencia-se uma grande difusão no uso dos meios de comunicação e informação, principalmente através da internet, que passou a ser o instrumento de informação mais utilizado em todo o mundo, permitindo que a população tenha maior acesso à informação, de forma mais fácil e mais rápida.

Inúmeros conteúdos ficam sempre ao alcance, podendo ser acessados em qualquer parte do mundo. Muitas vezes a privacidade e intimidade de diversas pessoas ficam comprometidas, pois essas informações são expostas de forma indiscriminadas em sites, redes sociais, entre outros. Sobre o tema, Martins e Streit (2006, p 279) afirmam:

Os avanços tecnológicos, responsáveis por inúmeras inovações e pelo seu rápido crescimento, como é o caso da rede mundial de computadores, a Internet, têm causado um forte impacto (tanto de natureza social quanto econômica) sobre as mais diversas áreas do conhecimento e das relações humanas. São características dessas transformações: (i) a mudança do uso do papel entre particulares e empresas para informações digitalizadas; (ii) a globalização dos mercados graças à flexibilidade e facilidade em transmitir e acessar informações de qualquer tipo para qualquer lugar do mundo; (iii) o acesso imediato e temporal à informação sem a necessidade de deslocamento; (iv) a facilidade em sua utilização e armazenamento; e (v) a democratização da informação, sendo que os baixos custos visam criar uma igualdade nas oportunidades para obtenção e uso da informação: uma pessoa da classe baixa teria o mesmo acesso às informações que uma pessoa da classe alta.

Por conta dessa facilidade de acesso e capacidade de armazenamento na internet, os dados e informações de diversos cidadãos ficam eternizados na rede de computadores. Com uma simples pesquisa, é possível acessar uma fonte quase inesgotável de dados, desde informações antigas até notícias extremamente atuais. Quando disponibilizados na internet, jamais serão esquecidos, pois podem ser acessados a qualquer momento.

Através de um *click* é possível encontrar notícias, fotos, filmes ocorridos e ou publicados há anos. Em segundos, as informações são facilmente espalhadas por servidores do mundo todo, e conseqüentemente aos seus usuários. Para Soares (2014) grande quantidade de novas notícias, textos e vídeos são disponibilizados em sites, blogs, fóruns de discussão e redes sociais e não são a única característica que diferencia a internet em relação a outros meios de comunicação de massa, A disponibilidade imediata e global dessas produções humanas é a marca que diferencia a Internet dos demais meios de comunicação.

Em meio a toda essa tecnologia, um dos mais importantes bens do ser humano, a privacidade, tem sido ameaçada com a rede mundial de computadores, havendo uma necessidade de tutelar esse direito na internet.

Segundo Bucar (2013, p.16)

A convivência na sociedade da informação, otimizada pela tecnologia computacional, não mais permite que a privacidade seja compreendida para a proteção do sigilo dito íntimo. Para uma interação com a sociedade em seus mais diversos aspectos, a pessoa tem seus dados invariavelmente coletados por meio de inúmeras ferramentas de captação de informações pessoais (mídia, banco de dados de consumo, arquivos sanitários, etc.)

A partir desta constatação, o conceito da privacidade sofre uma inevitável atualização e precisa ser redefinido de acordo com a realidade contemporânea. Assim, a concepção da privacidade deve ser compreendida de forma objetiva com a construção do escudo protetor da liberdade, a partir dos próprios dados tomados em si e coletados por cadastros diversos.

Com isso, surgiu uma maior demanda por um “direito ao esquecimento”, como forma de tutelar o direito à privacidade na internet. Muitas pessoas desejam que certos fatos do seu passado sejam esquecidos por lhe causarem dor e sofrimento. No entanto, isso se torna difícil, por essas informações estarem disponíveis de forma indiscriminada, quando se trata de internet.

De acordo com a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.335.153/ RJ:

[...] A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade – mas também se torna mais complexa – quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet – mas não exclusivamente a ela –, a existência de um “resíduo informacional” que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado. (REsp.1.334.097/RJ, 2013)

No julgamento do REsp 1.335.153/ RJ e do REsp 1.334.097/ RJ, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o direito ao esquecimento no âmbito televisivo, deixou sua posição sobre o problema dessa questão na internet.

O Ministro relator de ambos os Recursos Especiais, afirmou que no caso em debate, por envolver a mídia televisiva, mais simples de controlar, era menos grave que eventual caso disseminado pela internet. Além disso, a internet, segundo ele, desafia soluções de caráter técnico, possibilitando o compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo:

Com efeito, é atual e relevante o debate acerca do chamado direito ao esquecimento, seja no Brasil, seja nos discursos estrangeiros, debate que, no caso em exame, é simplificado por não se tratar de informações publicadas na internet, cujo domínio do tráfego é

evidentemente mais complicado e reclama mesmo uma solução – legislativa ou judicial – específica. (REsp.1.334.097/RJ, 2013).

Importante destacar que, no Brasil foi sancionada a Lei 12.965/14, denominada de Marco Civil da Internet, como forma de garantir os direitos e garantias fundamentais dos usuários da rede. Tanto a liberdade de expressão e informação, quanto a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade foram assegurados, mas em medidas diferentes. Tal legislação foi criada no intuito de combinar a liberdade de expressão com a responsabilidade civil dos usuários e provedores.

Várias questões vindo sendo levantadas acerca do Marco Civil da Internet, principalmente no que se refere ao direito ao esquecimento, que não foi citado pela Lei 12.965/14. Na verdade, na referida legislação há uma visível predominância do acesso à informação em detrimento do direito à privacidade.

Recentemente em maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia deu provimento em um pedido de um espanhol, chamado Mario Costeja Gonzalez, reconhecendo o direito ao esquecimento. Ele tinha uma dívida, que em 1998 teve um imóvel penhorado, e foi noticiado em alguns sites de notícias locais. Mesmo liquidando essa dívida, tal fato continuou disponível na internet, onde estaria prejudicando a sua imagem, anos depois.

A decisão obrigou a *Google* a desindexar seu nome a essas notícias, não alcançando os outros meios de comunicação que estivessem veiculando a informação. Além disso, a decisão estendeu a todos os cidadãos europeus o direito de poderem fazer pedidos semelhantes ao *Google*, sem necessidade de qualquer outra intervenção judicial.

Em cumprimento à ordem judicial, esse site de busca disponibilizou um formulário, onde qualquer pessoa pode preencher um formulário com o nome, o país de origem e um endereço eletrônico, acompanhado por uma cópia de um documento oficial com foto, deverá apontar que páginas e URLs

desejam que sejam apagados. De acordo com essas informações, tal empresa terá que avaliar caso a caso, com certa razoabilidade, se a informação é de fato de interesse público ou não.

Para Corte Europeia, o *Google*, assim como os outros sites de busca, têm o controle sobre informações privadas dos usuários, por agruparem e apresentarem diversos *links* relacionados à pessoa. Ainda, de acordo com o Direito europeu, os indivíduos têm o direito de controlar seus dados pessoais, ainda mais se não forem figuras públicas.

De acordo com o *Google* em sua página de “Perguntas Frequentes”, no seu Relatório de Transparência, todas as solicitações feitas são avaliadas de forma individual e quando necessário, são solicitadas informações complementares ao requerente. Depois da análise e decisão, o interessado é informado do resultado por e-mail. Caso resolvam não atender à solicitação, explicam o motivo.

Ao avaliarmos uma solicitação, verificamos se os resultados incluem informações desatualizadas ou imprecisas sobre um indivíduo. Também levamos em consideração se há interesse público nas informações restantes em nossos resultados da pesquisa, como referências a fraudes financeiras, negligência profissional, condenações penais ou conduta pública do usuário como um oficial do governo (eleito ou não). Nossa equipe de remoção precisa averiguar cada página individualmente e basear suas decisões no contexto limitado fornecido pelo solicitante e nas informações na página da Web. Trata-se de uma notícia? Tem relação com uma denúncia que mais tarde resultou em condenação ou foi ignorada? Por isso, a fim de demonstrar o escopo das solicitações de remoção, incluímos uma seção de resumos de solicitações no Transparency Report. (GOOGLE, 2014).

A decisão pela exclusão ou não de um link de um resultado de busca é muito bem analisada, verificando se a informação é imprecisa ou está desatualizada. Além disso, sempre há uma análise do interesse social pela notícia. Há quem diga que o buscador

ganhou um “poder de julgamento”, assim tornando mais fácil o direito ao esquecimento na internet, sem a pessoa precisar recorrer ao judiciário conseqüentemente, de eventual censura ao julgar a veracidade ou falsidade do conteúdo que é criado.

Se esse modelo, de disponibilização de um formulário online por parte dos provedores de busca fosse utilizado no Brasil, poderia diminuir a enorme demanda enfrentada diariamente pelo Poder Judiciário brasileiro. Seria uma forma menos burocrática de solicitar a retirada de *links* indesejados.

Assim, os provedores, primeiramente fariam uma filtragem e retirariam os links de notícias que de fato apresentassem informações pessoais desatualizadas ou imprecisas. O Judiciário trataria apenas de questões residuais, como por exemplo, pedidos de exclusão de conteúdo negados pelos provedores de busca, também casos mais complexos, que envolvessem personalidades públicas e políticos, por exemplo.

A implantação desse modelo, além de prestigiar as diversas garantias e direitos individuais e o próprio direito ao esquecimento, deixaria os cidadãos comuns livres para resolverem as suas questões de forma mais simples, célere e não litigiosa, garantindo assim o direito da pessoa de ter sua dignidade garantida através do direito ao esquecimento.

7 Conclusão

O Direito ao Esquecimento, embora bastante discutido em cortes internacionais, no cenário nacional é um tema recente. A discussão no Brasil surgiu após duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, abordado como direito que o indivíduo tem de pleitear que não sejam publicadas informações sobre a sua pessoa, de forma abusiva. Na interpretação do Conselho de Justiça Federal, o direito a ser esquecido deve ser enquadrado como direito da personalidade.

No decorrer do trabalho, viu-se que o direito ao esquecimento entre em rota de conflito com o direito á liberdade de expressão e

informação, ambos direitos fundamentais. Entretanto, deve-se frisar que tal conflito só se configura no caso concreto, devendo ser analisado pelo interprete qual dos direitos deva prevalecer no caso analisado, utilizando-se, como visto, a ponderação, método que deve ser utilizado em hipótese de conflito entre direitos fundamentais.

Conforme analisado no presente trabalho, o caso concreto é que irá balizar a solução do conflito, não havendo regras rígidas nesse sentido. No caso da “Chacina da Candelária” o direito que prevaleceu foi da privacidade, o STJ decidiu que, de fato, o requerente era detentor do direito a ser esquecido. Já no caso “Aida Curi”, o direito à liberdade de expressão e informação se sobressaiu.

E por fim, viu-se que com o advento da internet, na sociedade da informação, trouxe uma maior ameaça à privacidade das pessoas, pelo fato desse ser o meio de comunicação de maior acesso e difusão.

Com isso, houve uma maior demanda ao direito ao esquecimento, as pessoas passaram a solicitar que certas informações e dados de fatos ocorridos no passado, que lhe causem dor ou sofrimento sejam retirados da rede. Porém, essa não é solução tão simples, por não se tratar apenas de questão judicial, mas também técnica.

Após algumas demandas judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça Europeu, o *Google*, maior buscador do mundo, começou tomar medidas mais eficazes acerca do direito esquecimento. Os cidadãos europeus que desejam a retiradas de certos conteúdos podem preencher um formulário com algumas informações, assim a empresa deverá analisar se tal conteúdo deve ser retirado ou não.

No Brasil, ainda há certa dificuldade no que diz respeito ao direito ao esquecimento, pois não há ainda uma pacificação acerca desse assunto. Uma pessoa que pleiteia tal direito passa por uma longa e difícil batalha judicial, para que certos conteúdos sejam excluídos da rede. A utilização do modelo europeu seria a forma mais eficaz para que qualquer pessoa solicite e consiga a retirada de suas informações da internet.

Entende-se que é necessária uma maior discussão e estudo sobre o direito ao esquecimento no âmbito brasileiro, com o intuito de buscar soluções mais efetivas para garantir o direito ao esquecimento, pois todos os cidadãos tem o direito de ter sua vida privada resguardada.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **A Constituição na Visão dos Tribunais – Interpretação e Julgados- Artigo por Artigo**. Brasília: Saraiva, 1997. v.1.

BITTAR, Carlos Albetto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097/RJ**, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201449107&dt_publicac_ao=10/09/2013>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ**, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STJ-REsp-1335153.pdf>> Acesso em: 17 ago. 2017

_____. **Declaração Universal dos Direreitos Humanos**. <Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 set 2017.

_____. Consituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado, 1988.

_____. **Código civil**. 21.ed. Organização de Luiz Roberto Curia. São Paulo: Saraiva, 2015..

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531.** A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/39024/o-direito-ao-esquecimento-frente-ao-principio-dadignidade-da-pessoa-humana-em-confronto-com-a-liberdade-de-imprensa>> Acesso em: 12 out. 2017.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados:** o direito ao esquecimento. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>.> Acesso em: 10 nov 2017

CANÁRIO, Pedro. **STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais Online.** Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resuItList/document?&src=r1&srguid=ioad6007a000001550c13714c411293bd&docguid=Ic30b3430470811e5ba8e010000000000&hitguid=Ic30b3430470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=1081&context=5&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resuItList/document?&src=r1&srguid=ioad6007a000001550c13714c411293bd&docguid=Ic30b3430470811e5ba8e01000000000&hitguid=Ic30b3430470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=1081&context=5&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 20 set. 2017.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2004. v.03.

GRECO, Rogério. **Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade.** 4.ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

JORNAL ESTADO DE DIREITO: 26. ed. Porto Alegre: 2010, Disponível em : <<http://www.youblisher.com./p/944365-26-EDIÇÃO-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>> Acesso em: 12 nov. 2017.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. **Teoria dos círculos concêntricos na Esfera Privada**, 2016. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2016/03/teoria-dos-circulos-concetricos-da.html>> . Acesso em: 13 nov. 2017.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Édina Fischer. **A ditadura militar brasileira revisitada pela comissão nacional da verdade**, Ijuí, 2014. Disponível em: < <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2742/Édina%20Fischer%20de%20Lima.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out 2017.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A Expansão do conceito de privacidade e evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. Porto Alegre: **Revista da AJURIS**, n 134, p. 338-363, 2014.

MARTINS, Henrique de Faria; STREIT, Renata. **Privacidade na internet**. Manual de Direito Eletrônico e Internet. São Paulo: Lex, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Thiago. **Breves reflexões sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares** – liberdade de informação v. direitos da personalidade – um estudo de direito comparado. P. 245-274, 2015. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1245/Breves%20reflexões.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 nov 2017.

MONTEIRO, Washignton de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros. **Curso de direito Civil: parte geral**, São Paulo: ed.46, Saraiva , 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

NARUTO, Daniel Feitosa. **A polêmica sobre o direito ao esquecimento**. Disponível em: < https://danielnaruto.jusbrasil.com.br/artigos/138416770/a-polemica-sobre-o-direito-ao-esquecimento?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 nov. 2017

PEREIRA, Manoel Messias Dias; PINHO, Débora. **Atualização equilibra liberdade de expressão e privacidade.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-03/atualizacao-noticias-equilibra-liberdade-expressao-privacidade>> .Acesso em: 02 nov 2017.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. *Biografias não autorizadas: colisão entre liberdade de expressão e proteção da privacidade à luz do direito ao esquecimento - controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal* 2016. p. 181. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18787/1/ANDR%C3%89%20RIBEIRO%20PORCI%C3%9ANCULA.pdf>>. Acesso em: 26 março 2018.

REALE, Miguel. **Direitos da personalidade.** Disponível em : <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 27 set. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

VIERA, Pires Alexandre; RAIVES, Cláudio. **O direito à privacidade frente aos avanços tecnológicos na sociedade da informação.** Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/27972/o-direito-a-privacidade-frente-aos-avancos-tecnologicos-na-sociedade-da-informacao/>>. Acesso em: 01 out 2017.

O salário maternidade e o programa empresa cidadã: dignidade e melhor qualidade de vida para mães e filhos recém-nascidos

Auricelia do Nascimento Melo¹

Geovanna Isabel Carvalho Belo²

1 Introdução

A cidadania e a dignidade da pessoa humana estão elencadas na Constituição como fundamentos da República Federativa do Brasil, dispostos no artigo^{1º}, incisos II e III da Constituição Federal de 1988. Tais fundamentos são colocados em prática, dentre outras disposições, através das normas de direitos sociais.

A política de seguridade social no Brasil consiste no conjunto integrado de ações que visam assegurar os direitos relacionados à saúde, assistência e à previdência social, de iniciativa do poder público e de toda a sociedade. Em regra, caberá privativamente à União legislar sobre Seguridade Social, contudo, será competência concorrente entre as entidades políticas legislar sobre previdência social.

¹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional, Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí e do Centro Universitário Uninovafapi. Professora de Cursos de Pós-Graduação, Advogada inscrita na OAB/PI.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi, Estagiária do Ministério Público Federal em Teresina/PI.

A seguridade social, segundo Ibrahim (2011, p. 5) é conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão de vida digna. Como parte integrante da seguridade social tem-se a saúde, a assistência e a previdência social.

Dentre os benefícios prestados aos segurados pela Previdência Social cite-se o salário-maternidade que é um benefício pago às seguradas que acabaram de ter um filho, seja por parto ou adoção. O salário-maternidade surge num primeiro momento como forma de proteção do trabalho feminino e posteriormente como forma de busca da igualdade de tratamento entre o trabalho do homem e da mulher.

É concedido visando à proteção da mulher, bem como a proteção do filho. Pela natureza familiar este benefício projeta forte impacto na manutenção do pacto de gerações. Indiscutivelmente, pois, tem natureza de benefício previdenciário. Para ter direito ao salário-maternidade, o(a) beneficiário(a) deve atender aos seguintes requisitos na data do parto, aborto ou adoção: O primeiro diz respeito à carência que são dez meses(10 meses) para a trabalhadora Contribuinte Individual, Facultativa e Segurada Especial, e para as demais seguradas a comprovação da qualidade de segurada.

A Lei 11.770/2008 prorrogou o prazo da licença maternidade, através do Programa Empresa Cidadã. Mas, a prorrogação por 60 dias da licença maternidade só é garantida às empregadas das pessoas jurídicas que fizerem a adesão ao programa. A adesão das empresas, que é facultativa, deve ser feita mediante requerimento dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

É necessário que fique bem claro que essa Lei permite também o aumento dos dias de licença para o pai da criança também, permitindo que possam passar mais tempo com suas companheiras, assistindo mais de perto o filho recém-nascido.

Dessa maneira, a empregada da pessoa jurídica que aderiu ao programa, terá que fazer um requerimento, até o final do primeiro mês após o parto, para obter o benefício. E, após isto, a empresa irá deferir imediatamente a prorrogação. Com relação ao pagamento da licença maternidade, os 120 primeiros dias serão pagos pelo INSS, e os 60 dias adicionais serão arcados pela empresa.

A partir desse panorama, o objetivo do trabalho é analisar os benefícios advindos com a Lei 11.770/08 que permite às empresas prorrogarem por mais dois meses o benefício do salário maternidade para as seguradas, entrevistando as beneficiárias e constatando o que mudou na sua qualidade de vida e do bebê, para isso descrevendo a necessidade e importância da mãe permanecer mais tempo com o seu filho, pois isso será traduzido em uma mulher mais produtiva no retorno ao trabalho, visto que pesquisas apontam para crianças mais saudáveis que permanecem por mais tempo ao lado de suas mães, diminuindo assim a incidência de doenças, e assim evitando faltas da genitora ao trabalho.

Importante explicar que essa Lei vem para tentar dar uma melhor qualidade de vida para a mãe, sendo que a maioria das empresas brasileiras não manifestam a intenção de aderir ao programa. A problemática envolvida no presente artigo é averiguar, na cidade de Teresina se as Empresas conhecem a Lei e constatar quantas já aderiram ao programa e verificar com as seguradas beneficiadas, o que isso significou para a sua saúde e a do recém-nascido.

2 A previdência social brasileira e a necessidade social

Os direitos sociais passaram por fases distintas, como a da baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, sobretudo por razões que justificam a própria natureza, pois exigem do Estado a prestação de determinadas medidas, que dependem de circunstâncias recursais, especialmente, por carência orçamentária. Atualmente, eles se fortalecem na medida em que se verifica a existência do

Estado Democrático de Direito, que reconhece a trajetória dos Direitos Humanos em respeito a dignidade da pessoa humana.

Para Bonavides (2012, p. 169), a previdência social como direito fundamental é uma necessidade, sendo o seguro social meio necessário e eficaz de garantia de uma vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas.

A manutenção da condição mínima da vida humana é primordial ao homem, entretanto, a ideia de amparo, prestação de cuidados para com o cidadão na terceira idade, na doença e outras peculiaridades ocorridas na vida dos segurados, faz necessária a intervenção do Estado a fim de garantir uma qualidade de vida com dignidade. As diretrizes do aparelho previdenciário e sua própria existência são também resguardadas de alterações pelo legislador ordinário, em uma realidade mais abrangente e eficaz na valoração da pessoa humana.

A previdência, por vez, vem demonstrando-se cada vez mais, como um dos Direitos Fundamentais basilares e mais importantes para a ordem social hodierna. Existe uma grande necessidade de que toda a população saiba da importância da previdência, quais são os seus benefícios e como acessá-los. Trata de um direito basilar imprescindível para a família como um todo, pois, por ter como fundamento os riscos sociais, faz-se necessário que todos saibam para ter a consciência de contribuir. Destaque de maneira específica o salário-maternidade e Lei que criou o programa Empresa-cidadã, um instrumento que permite às mães permanecerem mais tempo com seus filhos, propiciando uma dignidade concreta, mais tal benefício é desconhecido por grande parte dos segurados.

3 Retrospecto histórico sobre o salário maternidade

O primeiro diploma legal brasileiro a conferir proteção à trabalhadora gestante foi o Decreto nº 21.417-A, de 17-5-32, em que a empregada gestante tinha direito a um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos

meses, que seria pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador. A Constituição Federal de 1934 previa assistência médica e sanitária à trabalhadora gestante, assegurando-se o direito ao descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.

Já a Constituição Federal de 1937, por sua vez, também previa o direito da trabalhadora gestante a um período de repouso antes e depois do parto. A Constituição Federal de 1946 dispunha o direito da trabalhadora gestante ao acesso à assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, sem prejuízo do recebimento de salário e manutenção do emprego. Em 1962, o Brasil se tornou signatário da Convenção nº 3 da OIT, por meio do Decreto nº 51.627, de 18-12-1962, que prevê o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que serão pagas pelo Estado ou por sistema de seguro.

Em 1966, o Brasil ratificou a Convenção nº 103 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 14-6-66, que prescreve que as prestações devidas à empregada gestante, sejam antes ou depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, pois a lei não poderá impor este ônus ao empregador, sob pena de acarretar discriminação do trabalho da mulher.

A Constituição de 1967, por sua vez, disciplinava o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário. Da mesma forma, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, disciplinou o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, também sem prejuízo do emprego e do salário.

Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi fixado o direito à licença maternidade, durante um período de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário³.

Verifica-se pelo descrito acima que ao longo do tempo aconteceu uma evolução na garantia desse benefício, e com a

³ Antes da Constituição de 1988, o salário maternidade estava previsto no artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e era devido durante 84 dias, que equivalem a 12 semanas.

aprovação da Lei 11.770, aprovada em setembro de 2008, que estabelece a extensão voluntária do salário-maternidade com os valores pagos pela empresa e não pelo INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) como acontece nos quatro meses da licença-maternidade, existe a possibilidade de proporcionar à segurada uma melhor condição na sua qualidade de vida e do bebê, visto que terá mais tempo e poderá cuidar com mais dedicação ao seu recém nascido, visto que será uma empregada mais satisfeita ao retornar ao trabalho.

Dessa forma, estima-se divulgar com a presente pesquisa a referida Lei e especificar os benefícios que essa legislação permitirá para as seguradas e também para as Empresas, tendo como resultado o esclarecimento dos direitos previdenciários das seguradas empregadas, bem como das Empresas, que em algumas vezes, desconhecem a real importância da Lei, e que não devem encarar a concessão do benefício de dois meses a mais somente como despesa e sim um investimento em uma empregada que irá faltar menos ao trabalho e terá maior produtividade.

3.1 Os requisitos para requerer o salário- maternidade

Para ter direito ao salário-maternidade, a segurada deve atender aos seguintes requisitos na data do parto, aborto ou adoção: São necessários 10 meses de carência para a trabalhadora contribuinte individual, facultativa e segurada especial. Para a segurada empregada, empregada doméstico e trabalhadora avulsa é necessário comprovar a qualidade de segurada, inclui-se aí as desempregadas também, caso tenha perdido a qualidade de segurado, deverá cumprir metade da carência de 10 meses antes do parto/evento gerador do benefício, conforme a Lei 13.457/2017.

A duração do benefício dependerá do tipo do evento que deu origem ao benefício, no caso de parto 120 dias, em caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, independentemente da idade do adotado que deverá ter no máximo 12 anos de idade. No caso de

natimorto serão 120 dias de duração o benefício, e 14 dias em situação de aborto espontâneo ou de acordo com o que está previsto em lei.

Importante destacar que em situação de aborto ou parto de mais de uma criança, o segurado terá direito somente ao pagamento somente de um salário-maternidade. Em hipótese de empregos concomitantes ou de atividade simultânea na condição de segurado empregado, sendo contribuinte individual ou doméstico, o cidadão terá direito ao salário-maternidade relativo a cada emprego ou atividade.

Outra informação a ser considerada é que o salário-maternidade não pode ser acumulado com benefícios por incapacidade. Assim pode-se citar por exemplo, auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. O salário-maternidade será devido ao adotante do sexo masculino, para adoção ou guarda para fins de adoção, desde que tenha ocorrido a partir de 25/10/2013 (Lei nº 12.873/2013).

No caso de falecimento do segurado, a partir da edição da Lei citada acima é garantido, no caso de falecimento do segurado, que tinha direito ao recebimento de salário-maternidade, o pagamento do benefício ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que este também possua as condições necessárias à concessão do benefício em razão de suas próprias contribuições. Para o reconhecimento desse direito, é necessário que o sobrevivente solicite o benefício até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário (120 dias). Esse benefício, em qualquer hipótese, é pago pelo INSS (artigo 71-B da Lei nº 8.213/1991).

4. A inovação que veio com a edição da lei 11.770/2008.

A ocorrência da nova lei nº 11.770/2008, caracteriza o benefício da extensão do salário-maternidade por mais dois meses, como facultativo e deve ser analisado como determinante para que

tal dispositivo não resulte em impedimentos para a mulher no mercado de trabalho⁴. A promulgação desta lei não atrapalha a participação competitiva das empregadas nas empresas, porque é uma prerrogativa, não há imposição. O fato de ser facultativo é salutar pois permite que cada empresa e mulher analise suas realidades e escolha aderir ou não a extensão do benefício de licença a maternidade. A opção não gerará uma lei necessariamente inócua, mas aplicável por quem tiver condições de o fazer sem prejudicar a admissão de mulheres.

As empresas deverão planejar-se, ao escolher a possível adesão à nova lei de licença-maternidade, não somente ao que tange a questão do imposto de renda, mas também deve-se aferir o custo do trabalhador temporário que substituirá a mulher afastada durante o período legal.

A empresa tem de considerar o custo da licença-maternidade, devidamente somado ao salário do temporário, que será o mesmo da funcionária regular, além de outros encargos desta contratação. Além disso, se a mulher optar pelos 180 dias e ainda tiver um período de férias, por exemplo, um temporário só não poderá cobrir todo o período, e essa operacionalização deve ser verificada pela empresa com cuidado.

Havendo prorrogação da licença-maternidade, a segurada empregada terá direito à sua remuneração integral, nos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social, na forma do artigo 3º da Lei nº 11.770/2008. Segundo Santos (2018, p.334), caberá à empresa empregadora pagar salários do período de prorrogação da licença e, tratando-se de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o

⁴ NO BRASIL, O SALÁRIO DAS MULHERES EQUIVALE A 72,3% DO SALÁRIO DOS HOMENS” Nas 500 (quinhentas) maiores empresas do Brasil, menos de 14% dos cargos de diretoria são ocupados por mulheres. A participação das mulheres aumentou no mercado de trabalho formal, mas os salários das mulheres aumentaram menos do que o dos homens. Segundo dado do IBGE de 2009, no Brasil existe diferença de salário entre sexos, o salário da mulher equivale a 72,3% do salário dos homens.

total dos valores pagos à empregada no período; porém, esses valores não poderão ser deduzidos como despesa operacional.

4.2 Panorama sobre a aplicabilidade da Lei 11.770/2008 na cidade de Teresina.

Dados do sítio oficial do Ministério da Fazenda traz as orientações gerais delineando que o Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei nº 11.770/2008 e regulamentado pelo Decreto nº 7.052/2009, destina-se a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade e por quinze dias, além dos cinco já estabelecidos, a duração da licença-paternidade (Lei nº 13.257/2016).

A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que seja solicitada até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade. A extensão do benefício também será concedida ao empregado da pessoa jurídica incluída no Programa, desde que solicitada no prazo de dois dias úteis após o parto e de que seja comprovada a participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável pelo empregado.

A prorrogação do salário-maternidade⁵ terá início no dia subsequente ao término da vigência do benefício de que tratam os artigos 71 e 71-A da Lei nº 8.213/91 e será devida, inclusive, no caso de parto antecipado. A ampliação do benefício também se aplica à

⁵ As pessoas jurídicas poderão aderir ao Programa Empresa Cidadã através do Atendimento Virtual (e-CAC), utilizando código de acesso ou certificado digital válido. É possível ainda, a qualquer tempo, o cancelamento da adesão. Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade a empregada e o empregado terão direito à remuneração integral. Entretanto, no período de licença-maternidade e licença à adotante, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada, salvo nos casos de contrato de trabalho simultâneo firmado previamente. É vedado, ainda, a matrícula da criança em creche ou organização similar.

(<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/isencoes/programa-empresa-cidada/orientacoes>)

empregada de pessoa jurídica que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:

- I - por 60 (sessenta) dias, quando se tratar de criança de até 1 (um) ano de idade;
- II - por 30 (trinta) dias, quando se tratar de criança a partir de 1 (um) até 4 (quatro) anos de idade completos; e
- III - por 15 (quinze) dias, quando se tratar de criança a partir de 4 (quatro) anos até completar 8 (oito) anos de idade.

O Decreto nº 7.052/2009, que regulamentou a Lei nº 11.770/2008⁶, definiu em seu artigo 3º que as pessoas jurídicas poderão aderir ao Programa Empresa Cidadã, mediante requerimento dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil. É necessário destacar que poderão se beneficiar do programa as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, por força do Art. 5º da Lei nº 11.77/2008. A inscrição deve ser feita conforme disposto na Instrução Normativa nº 991/2010.

A pesquisa realizada conforme cronograma especificado, permitiu constatar numa análise inicial que a maioria absoluta das empresas na cidade de Teresina desconhece a aplicabilidade da lei. Os dados são fornecidos pelo Ministério da Fazenda do Estado do Piauí, porém, nota-se que a quantidade de empresas que manifestaram adesão ao Programa é ínfima e que não há um controle detalhado dos dados dessas empresas, o que consiste num grande obstáculo na progressão da pesquisa.

Também fora possível verificar que o Ministério do Trabalho na cidade de Teresina não dispõe de um setor que forneça dados a respeito do programa Empresa Cidadã, bem como ao procurar o citado órgão, a informação repassada foi que o mesmo não atua

⁶ A lei 11.770/08, resultante de projeto da senadora Patrícia Saboya em parceria com a Sociedade Brasileira de Pediatria, prevê a concessão dos seis meses de licença para as trabalhadoras da iniciativa privada que optarem pelo benefício estendido. Os dois meses a mais de licença também são facultativos para as empresas, que receberão incentivos fiscais do governo federal.

junto à adesão das empresas ao Sistema do Empresa Cidadã, daí não se possível disponibilizar qualquer informação procurada.

O processo de pesquisa é algo demorado e os dados relacionados ao programa Empresa-cidadã são precários, a próxima fase do trabalho será de catalogar junto às empresas dados com o fito de obtenção de levantar informações sobre os benefícios e desafios na implementação do Programa Empresa Cidadã, bem como a entrevista direta com empregadas que são beneficiadas com a extensão da licença maternidade de quatro para seis meses.

Considerações finais.

O que foi verificado com a pesquisa é que a Lei 11.770/08 traz uma norma de grande importância para as empregadas das empresas privadas, pois estas poderão ficar com seus filhos durante mais tempo e assim propiciar uma qualidade de vida melhor, tanto para a empregada como para o recém-nascido. O que acontece na prática é que a maioria das empresas desconhece a aplicação dessa lei, sempre analisando a questão dos gastos que a empresa terá para subsidiar o benefício.

Não existe ainda uma fiscalização eficiente por parte dos órgãos responsáveis para verificar a aplicabilidade da lei. Na análise concreta a legislação é avançada, mas para os encargos sociais existentes no Brasil, os empresários encaram os custos e não encontram incentivos suficientes para aderir ao programa.

Os estudos de acordo com a Sociedade Brasileira de Pediatria, mostram que o aumento da licença maternidade irá proporcionar uma melhor qualidade de vida para as crianças, pois elas terão um acompanhamento mais próximo dos pais e estes certamente não irão ter muitas faltas ao retornarem ao trabalho.

A medida acaba beneficiando diretamente o próprio Estado, pois dados disponíveis no sítio da Sociedade Brasileira de Pediatria apontam que a amamentação regular, por seis meses, reduz 17 vezes as chances de a criança contrair pneumonia, 5,4 vezes

a possibilidade de anemia e 2,5 vezes a ameaça de crises de diarreia, contribuindo para uma medida preventiva.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, 2014.

_____. Decreto 3048, de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Brasília, Senado, 2014.

_____. Lei nº 8213/91. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, Senado, 2014.

_____. Lei nº 8212/91. **Dispõe sobre os Planos de Custeio da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, Senado, 2014.

_____. Lei 8742/93. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Brasília, Senado, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros: 2012.

CAMARANO, Ana Amélia.(org). **Os novos idosos brasileiros muito além dos 60?** Instituto de Pesquisa Aplicada. Rio de Janeiro, 2004.

CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ed. Rio de Janeiro: Forense , 2014.

IBRAHIM, F. Z. **Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

KERTZMAN, I. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MEYER-PFLUG. Samantha Ribeiro. “O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no tocante aos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico” In. **Direito Constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Organizadores: POMPEU, Gina Marcílio. CARDUCCI, Michele. SÁNCHEZ, Miguel Revenga. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. ***Direito da seguridade social***. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 369.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/para-participar-de-licitacao-publica-empresa-deve-garantir-seis-meses-de-licenca-maternidade-diz-novo-pl-da-sbp>. Acesso em 20/03/2018.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). ***Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 1123.

SILVA, José Afonso da. ***Direito Constitucional positivo***. 24 ed, São Paulo: Malheiros, 2005.

THOMPSON, Lawrence. ***Older & Wiser: The economics of public pensions***. The urban Institute, 1998.

THOMPSON, Lawrence. ***Older & Wiser: The economics of public pensions***. Tradução de Celso Barroso Leite. Coleção Previdência Social, Série Debates, Brasília, 2000.

A violência patrimonial no âmbito da lei Maria da Penha

Lenise Marinho Mendes Moura¹

Pollyanna Gonçalves da Silva²

Joana de Moraes Souza Machado³

1. Introdução

Os direitos da mulher sempre se apresentaram muito atrasados em relação aos direitos conquistados pelo homem. Inicialmente, eram negados quaisquer direitos às mulheres. As mulheres só adquiriram capacidade política ativa em 1934 e capacidade civil plena em 1962. O Código Civil brasileiro de 1916 previa diversas situações de inferioridade da mulher em relação ao homem, como por exemplo, o direito de anulação do casamento pelo marido por defloramento anterior por ele ignorado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil, diversas conquistas foram alcançadas, como por exemplo, o tratamento com absoluta igualdade entre homem e mulher, tanto na vida social como na vida familiar. No entanto, há muito tempo,

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.

³ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí e Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi

as mulheres denunciam a sua condição de vítima da violência familiar, tendo esse fenômeno adquirido maior visibilidade ao cenário público, a partir da criação dos conselhos e delegacias de defesa das mulheres.

A Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha representou um avanço no que diz respeito à violência contra mulher. A referida legislação previu no seu art. 7º, os tipos de violência contra mulher, quais sejam: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A referida legislação de proteção à mulher sempre foi festejada pelo avanço que representou no que se refere aos delitos de violência física contra mulher, isto porque esta é a face mais visível. Entretanto, como citado, a lei prevê outros tipos de violência, além da violência física, as quais, apesar de frequentes, são pouco invocadas como instrumento de proteção, é o caso da violência patrimonial, objeto do estudo nessa pesquisa.

A problemática fundamental dessa temática enfoca exatamente na ausência de conhecimento desse tipo de violência por parte da mulher, bem como, muitas vezes, por inexperiência por parte dos advogados que militam nas varas de família, que deixam passar despercebida a violência patrimonial.

Do ponto de vista jurídico, essa pesquisa se mostra relevante, pelo fato de que em matéria de violência contra a mulher, a violência patrimonial passa absolutamente despercebida, em relação aos outros tipos de violência, o que merece a adequada preocupação, prevenção e punição por parte da dogmática jurídica.

Inicialmente, analisar-se-á o histórico dos direitos adquiridos pela mulher no Brasil, para se compreender os avanços alcançados. Em seguida, estudar-se-á a Lei Maria da Penha como garantia à violência contra a mulher no Brasil, para se identificar os tipos de violências previstos na Lei, com especial enfoque na violência patrimonial, objeto deste trabalho.

2. Histórico dos direitos da mulher no Brasil

Da proibição do voto ao poder de votar, do bloqueio da fala a liberdade da voz, da submissão ao empoderamento, são essas as características que marcam o caminho percorrido por milhares de mulheres que lutaram, lutam, e ainda lutarão por direitos e garantias fundamentais.

Não é de hoje que as mulheres lutam pelos seus direitos, vivemos em uma sociedade totalmente arcaica e patriarcal. A evolução dos direitos femininos progrediu bastante, porém, a realidade na maioria das vezes é dura, contradizendo-se com aquilo que encontram-se positivado no papel. (LOPES, 2013)

O Brasil é um país que passou por diversas fases, principalmente quando o assunto dispõe sobre as conquistas alcançadas pelas mulheres. O voto, por exemplo, foi um momento ímpar na busca da equidade dos gêneros, onde possibilitou a mulher, a garantia de um direito básico e fundamental. Hoje, nosso estado Democrático de Direito garante o direito não só da mulher votar, como também o direito de ser votada.

Na verdade, não sabemos em que grande república ou republiqueta a mulher deixe de ser escrava e goze de seus direitos políticos, como o de votar e ser votada. O que é inegável é que em todo o mundo, bárbaro e civilizado, a mulher é escrava. (MOTTA, 1873).

Nas palavras ditas por Francisca Senhorinha Motta Diniz, pode-se notar uma mulher, feminista, muito além de seu tempo, que lutava pela emancipação feminina, sempre em busca da participação e execução de direitos sociais das mulheres, através de uma arma primordial, a educação. (PIOVESAN, 2013)

A educação também foi um problema que gerou vários conflitos. Historicamente, a única “educação” permitida para as mulheres, era a educação de serem boas donas de casas. O conhecimento era proibido e colocado de lado. Dados históricos afirmam que, por volta do século XIX, a educação feminina iniciou-

se, porém com cautela, pois as únicas que a recebiam, eram garotas que tinham condições financeiras elevadas. Então, somente em 1827, foi que a educação se fez presente em escolas públicas e de forma gratuita, mas sendo válido salientar que as minorias ainda assim eram prejudicadas, e a educação era exercida de forma segregada e opressora.

Os limites educacionais sempre faziam parte da realidade de mulheres que queriam estudar, obter conhecimento e se aperfeiçoarem em relação ao saber. As mazelas sociais que nasceram dessas proibições são manchas que até hoje ficam alojadas dentro da alma de milhares de mulheres. (PIOVESAN, 2013)

A luta pela emancipação feminina não foi nada fácil. Mulheres, militantes, grupos feministas, entre outros, não desistiam de seus objetivos, e para isso, utilizaram a educação como principal refúgio. Vários nomes se destacam nessa luta, dentre eles, Myrthes de Campos, a primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil.

Com relação ao que foi dito, Guimarães (2012, p. 136) relata:

O mister de advogado parecia facultado apenas aos homens, já que era qualificado como “ofício viril” pelo Direito Romano. Além disso, na época, uma mulher que se apresentava num local de sociabilidade eminentemente masculino, como a faculdade de Direito, por si só, já servia de motivo para escândalo. Ainda mais no caso de Myrthes, a primeira que ousou cometer tamanha transgressão na antiga capital da República. Sem dúvida, ela deve ter encarado toda a sorte de preconceitos. Porém, perseverante e aplicada, conseguiu conquistar o respeito dos colegas do sexo oposto. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais, em 1898.

Outro nome que se destaca, é o de Rita Lobato, primeira médica a se formar e atuar na área médica no Brasil. As profissões são diferentes, mas várias características são semelhantes, mulheres com força e garra, que lutaram pelos seus direitos em épocas onde o machismo não só predominava, como reinava.

A luta não foi fácil, pois, para as mesmas desempenharem suas devidas funções, tanto Myrthes, como Rita, tiveram que

enfrentar grandes nomes, se arriscaram, deixaram de lado o medo, e seguirem em frente, para conseguir algo essencial, a garantia de exercer um trabalho digno sem repressão por serem do sexo feminino.

Hodiernamente, a mulher conquista cada vez mais seu espaço de trabalho, mesmo existindo preconceitos aparentes ou não, a figura feminina se mostra cada vez mais competente para assumir papéis em todas as áreas de serviço. Infelizmente, as feridas do passado ainda deixam muito a desejar, e a intercalação da evolução da mulher e o contato do passado com o agora, tende a mostrar inúmeras conquistas. (DELGADO, 2018)

As mulheres eram tidas como objetos, e em um contexto machista, deveriam ser criadas para serem boas filhas, esposas e boas mães. A cultura machista e patriarcal existe até hoje. Desde a antiguidade, a independência do então considerado “sexo frágil” sempre foi visto como “tabu”.

Partindo de um contexto histórico e jurídico, o Código Civil de 1916 foi um instrumento opressor que reafirmava várias medidas que tornavam a mulher vítima do mundo viril.

Com o casamento, a mulher perdia sua capacidade civil plena. Cabia ao marido a autorização para que ela pudesse trabalhar, realizar transações financeiras e fixar residência. Além disso, o Código Civil punia severamente a mulher vista como ‘desonesta’, como motivo de anulação do casamento e permitia ainda que a filha suspeita de ‘desonestidade’, isto é, manter relações sexuais fora do casamento fosse deserdada. (QUARTIM, 2017)

A mulher era criada para ser submissa ao marido, situações absurdas como essas só mostram a forma desumana na qual a mulher era submetida. As mesmas, quando casadas, não tinham o direito de dispor das suas propriedades, só se fosse com o consentimento do seu cônjuge. Outra questão citada por Quartim (2017) era o direito que o marido tinha de anular o casamento, se sua companheira fosse vista como desonesta, ou seja, se ela não

fosse mais virgem, ou se comportasse de maneira considerada “inadequada” perante os bons costumes.

No mundo moderno, em nossa carta magna, a mulher possui os mesmos direitos que o homem, tendo como garantia disso, o art. 5º da Constituição Federal, que diz que, homens e mulheres possuem os mesmos direitos e obrigações. A norma é clara quanto a isso, mas a realidade tende a desejar sobre o exposto. (BRASIL, 1988)

Pensamentos, ideias, revoluções, comissões, partidos, palestras, ações. As lutas foram várias, a progressão se obteve, mas ainda se tem muita luta para enfrentar. Presidenta, ministra, senadora, médica, advogada, empregada, dona de casa. Mesmo existindo críticas e preconceitos em pleno séc. XXI, as mulheres possuem o poder de escolher quem elas querem ser. Pode-se afirmar que houve evolução, e bem mais direitos foram garantidos no decorrer do tempo, direitos esses que deveriam ser respeitados por lógica e não por obrigação.

Mostra-se cada vez mais comum, cargos que antes eram ocupados por homens, serem ocupados por mulheres. A mulher brasileira, gradativamente tem sido persistente na luta contra todas as formas de discriminação social, e juntas acabam mobilizando cada vez mais outras mulheres para fazerem parte dessa luta por mais respeito e novos espaços e conquistas.

3. A lei maria da penha como garantia a tutela da mulher contra violência doméstica

A lei Maria da Penha foi criada para garantir assistência a mulher vítima de violência doméstica e familiar. A referida legislação foi fruto de uma punição dada ao Brasil, pelo fato do país se omitir em várias causas deste porte. O nome foi dado em homenagem a grande protagonista do caso, que deu origem a lei Maria da Penha, uma mulher forte, cearense, determinada e corajosa, que após sofrer violência por seu companheiro (na época),

tomou iniciativa ao denunciar o Brasil para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A mesma sofreu duas tentativas de homicídio, onde uma das tentativas lhe deixara paraplégica.

Os agressores são variados, as mulheres vítimas desse tipo de violência possuem traumas psicológicos que estão encurralados dentro da alma. A lei visa erradicar e minimizar esses casos, mas a realidade é diferente, pois mesmo após a sua criação, os números ainda são alarmantes. A norma trouxe um amparo maior a mulher, sendo um apoio jurídico que incentiva as mulheres denunciarem e enfrentarem seus medos. A lei 11.340/06 é um instrumento comumente utilizado, que garante, entre outros tipos de auxílio, o atendimento especializado e acompanhado por psicólogos e cirurgias plásticas reparadoras. (DELGADO, 2018)

A violência intrafamiliar é a realidade de muitas mulheres que sonham por um mundo mais justo. Configura-se esse tipo de violência, a ação ou omissão baseada no gênero, que lhe cause lesões, traumas, danos patrimoniais, psíquicos, sexuais e morais. A aplicação da lei tanto pode se dar quando há coabitação do agressor com a vítima, como também mediante relação íntima de afeto entre ambos, independentemente de coabitação. (LOPES, 2013)

A lei Maria da Penha engloba vários parâmetros a serem observados dentro da sua aplicação. A vítima desse tipo de violência necessita ser cuidada com cautela, sendo necessário o tratamento humanizado. As dores, feridas, traumas e medos serão eternos, mas com a proteção dada pela lei e de profissionais capacitados para o atendimento da vítima, a realidade pode ser diferente.

Contudo, é necessário ressaltar os mais variados tipos de violência que se enquadram dentro de um universo delicado e melindroso vivido por mulheres escravas de um mundo obscuro. Os tipos de violência são destacados em cinco pontos, tais como: a violência física, a violência moral, a violência psicológica, a violência patrimonial e a violência sexual. (MORAES, 2013)

A violência física é aquela que põe em risco a integridade física e a saúde corporal da mulher. Segundo pesquisas, a cada cinco

mulheres, uma mulher já foi, está sendo ou será vítima desse tipo de violência. Tapas, chutes, murros, socos, agressões, empurrões, entre outras medidas violentas, são utilizadas contra a mulher, com o objetivo de oprimir a figura feminina. Esse tipo de violência, não atinge só a mulher vítima da agressão, como também sua família e principalmente seus filhos (caso tenha). Os resultados desse tipo de ação são os mais tristes possíveis, tendo como fim na maioria dos casos, a morte da vítima.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2012, cerca de 61% das vítimas de assassinatos de mulheres, eram negras, e 36% acontecem nos finais de semana. As marcas são eternas e além de serem expostas na pele, são cicatrizes profundas do interior da alma.

A violência moral é aquela composta por ofensas, que se caracterizam na calúnia, difamação e injúria. Afetam a mulher e a honra da mesma, e podem resultar em consequências totalmente gravosas, como por exemplo, depressão. As vítimas demoram a perceber os insultos, pois na maioria das vezes dependem economicamente e emocionalmente do agressor, causando assim um tempo de sofrimento maior. (MORAES, 2013)

Outra violência que chama muito atenção e afeta milhares de mulheres, é a violência psicológica, que se caracteriza por ser silenciosa, destruindo assim o psicológico e abalando ainda mais a estrutura feminina. Ela vem acompanhada de humilhações, insultos, isolamentos, perseguições e ameaças.

A lei 11.340 é clara e declara em seu art. 7º, inciso II, que: “A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e

limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”. (BRASIL, 2006)

Outro tipo de violência, pouco conhecida e identificada pelas mulheres, objeto deste trabalho, é a violência patrimonial, que se caracteriza pela destruição/subtração/retenção do patrimônio da mulher. Para melhor entendimento, a lei especifica em seu art. 7º, inciso IV que: “A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.” (BRASIL, 2006)

Esse tipo de violência se dá pela subtração e retenção de bens, valores e direitos ou recursos econômicos, fazendo com que a mulher não tenha autonomia sobre seus bens, oprimindo-a. A destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho e documentos pessoais são características que marcam ainda mais esse tipo de violência, sendo importante ressaltar que, em inúmeros órgãos judiciais, este crime acaba sendo tipificado por dano e não por violência patrimonial (DELGADO, 2013).

Outro tipo de violência que choca a todos, é a violência sexual. A violência sexual está prevista no art. 7º, inciso III e diz: “A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.” (BRASIL, 2006)

Esse tipo de violência acontece comumente, não escolhe cor, não escolhe raça, escolhe o gênero, escolhe a mulher para ser vítima. Os agressores causam marcas psíquicas e eternas, mediante atos não autorizados pela vítima. Mulheres que já passaram por esse tipo de violência, tendem a serem marcadas eternamente por sombras

que apagam a luz do ser feminino. A lei Maria da Penha visa proteger mulheres vítimas de agressões sexuais. Já existem órgãos que possuem atendimentos humanizados para com as vítimas. A vergonha de denunciar, de falar, o medo de agir e o desconforto ao comentar sobre o assunto, faz com que milhares de mulheres se calem diante de atos desumanos.

Segundo os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil registrou 1 estupro a cada 11 minutos em 2015. As estimativas variam, mas em geral, calcula-se que estes sejam apenas 10% do total dos casos que realmente acontecem. Ou seja, o Brasil pode ter a medieval taxa de quase meio milhão de estupros a cada ano (JACOBO, 2015).

Pressão, submissão e proibição denominam atos que diariamente milhares de mulheres sofrem. A Lei serve para punir e amparar a vítima de violência, mas a questão é que só ela não tem o poder de erradicar com a violência doméstica. A educação é necessária em todos os campos, até mesmo na ressocialização do agressor.

4. Análise da violência patrimonial contra a mulher

Em relação ao papel da mulher na sociedade, tem-se como autores referenciais Marx e Engels, que analisam a perspectiva da submissão feminina a partir da dominação patriarcal, que é influenciada pela perspectiva marxista, que compreende a violência como expressão do patriarcado, em que a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino. (MARX, 1996)

Nesse contexto, Marx (1996) afirmava que, em regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito a infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume. Quando a mulher, por acaso, recorda as antigas práticas sexuais e intenta renová-las, é castigada mais

rigorosamente do que em qualquer outra época anterior. (MARX, 1996)

A lei Maria da Penha em estudo tem por finalidade a prevenção, punição e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, versando não apenas sobre a punição a ser dirigida ao agressor, mas também acerca das medidas de assistência, de proteção de atuação policial e jurisdicional contra a mulher, vítima da violência no âmbito familiar, além de prever políticas públicas que dariam suporte ao seu fim precípua.

Ademais, vale destacar, a Lei 11.340/2006, que tem por objeto prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres surgiu como resultado de um esforço coletivo dos movimentos de mulheres e poderes públicos no enfrentamento à violência doméstica e familiar e ao alto índice de morte de mulheres no País, sendo reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo sobre o tema. (BRASIL, 2006)

Tal norma delineou os tipos de violência e os sujeitos dos delitos, podendo ser sujeito ativo qualquer pessoa e passivo apenas a mulher, bastando que a violência seja cometida intrinsecamente por causa do gênero e por pessoa com quem tenha (ou tenha tido) relação doméstica, de parentesco ou de afeto, sendo, pois, mais severa do que aquelas aplicáveis a tais casos até então.

A violação patrimonial descrita na Lei Maria da Penha recebe o mesmo tratamento que os crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal, tal qual o furto (art. 155, do CP) e o roubo (art. 157, do CP), tamanha a sua gravidade e reprovação de sua prática pela sociedade (BRASIL, 2006).

O objeto do presente estudo tem como foco o que a Lei nº. 11.340/2006 define como violência patrimonial em seu artigo 7º, IV, ou seja, aquela:

entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e

direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Apesar da referida Lei ter completado 12 (doze) anos em 2018, a defesa dos direitos patrimoniais da mulher através destes mecanismos ainda é tema bastante incipiente enfrentado pelos Tribunais brasileiros, isto porque, pode-se verificar, por exemplo, que nos processos que tramitam nas varas de família, esse tipo de violência acaba passando despercebida, muito embora haja relatos no bojo dos processos que caracterizam violência patrimonial, como nos casos dos cônjuges e companheiros que omitem patrimônio, só para não ser partilhado com a mulher, nos casos de divórcio.

Para além das conseqüências penais a que está sujeito o companheiro infrator, o art. 24 da Lei dispõe algumas medidas protetivas de urgência do patrimônio da mulher são elas:

(...)restituição dos bens indevidamente subtraídos; proibição temporária para a celebração de atos de compra e venda, venda e locação de propriedade comum; suspensão das procurações outorgadas pela mulher ao marido; prestação de caução provisória pelo marido, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar.

O juiz pode adotar estas medidas em caráter liminar, antes mesmo da citação do marido ofensor, desde que haja prova suficiente ao convencimento pretendido e visível risco de dano à mulher.

Observa-se que as medidas descritas na lei são de uma gravidade ímpar não só para os empresários, mas para a sociedade de uma forma geral. A questão patrimonial, motivo de preocupação deste trabalho, é por conta de diversos fatores, tais como: o grande número de sociedades existentes entre marido e mulher, a quantidade de empresários que necessitam da assinatura de suas esposas em documentos à manutenção de suas empresas ou até mesmo em situações em que o marido administra a empresa com procuração outorgada pela mulher. (LOPES, 2013)

Como se vê, a violência patrimonial pode ocorrer quando o agente subtrai algo de valor da vítima levando-a a perder patrimônio, a ter despesas financeiras. Normalmente, esse tipo de violência ocorre sob coação, quando o agente obriga a vítima a ceder recursos financeiros contra a sua vontade. (DELGADO, 2018)

Infelizmente, esse tipo de violência passa despercebida por alguns advogados que trabalham na área das Famílias, seja em razão da naturalização da escuta destas agressões nas situações de separação, seja por falta de conhecimento em relação ao tema.

Por isso, a representação judicial de uma mulher que sofre violência patrimonial requer capacitação técnica e muita sensibilidade.

É dever do Estado e da sociedade impedir que o agressor destrua o patrimônio construído com seu trabalho e muitas renúncias pessoais.

4. Conclusão

Esse estudo buscou analisar a Lei Maria da Penha, suas formas de violência contra mulher, com enfoque principal sobre a violência patrimonial. Além disso, foi identificado o histórico dos direitos da mulher ao longo dos anos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil, diversas conquistas foram alcançadas, como por exemplo, o tratamento com absoluta igualdade entre homem e mulher, tanto na vida social como na vida familiar. No entanto, há muito tempo, as mulheres denunciam a sua condição de vítima da violência familiar, tendo esse fenômeno adquirido maior visibilidade ao cenário público, a partir da criação dos conselhos e delegacias de defesa das mulheres.

Algumas medidas, restrições e sanções previstas na lei, parecem-nos na contramão do processo histórico cultural que envolve e conduz o Direito como instrumento de controle social e solução de conflitos individuais e interpessoais. São normas

repressivas, restritivas ou, mesmo, protetivas que, a nosso ver, não são politicamente adequadas, nem se justificam juridicamente, podendo comprometer a desejada efetividade desta nova lei.

A questão patrimonial, motivo de preocupação desta pesquisa, é por conta de diversos fatores, tais como: o grande número de sociedades existentes entre marido e mulher, a quantidade de empresários que necessitam da assinatura de suas esposas em documentos à manutenção de suas empresas ou até mesmo em situações em que o marido administra a empresa com procuração outorgada pela mulher.

O estudo revela também campos outros a serem explorados em pesquisas futuras junto às mulheres que sofrem violência doméstica e familiar, não se esgotando a ótica abordada nessas conclusões preliminares, mas inaugurando um espaço cognitivo aberto a novas descobertas.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília (DF), 1988.

BRASIL. **Lei Maria da Penha. Lei 11.340, de 07 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília (DF), 2006.

DELGADO, Maria Luíz. **Violência patrimonial contra a mulher**. Disponível em: [www. Migalhas.com.br](http://www.Migalhas.com.br). Acesso em 16/06/2018.

DELGADO, Régis. **Violência patrimonial contra a mulher nos litígios de família**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/mapear-o-contexto-e-essencial-para-identificar-casos-de-violencia-baseada-em-genero/>. Acesso em 16/06/2018.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MIRANDA, Sergia Maria Mendonça. **A discriminação de gênero do direito de família**. In: Direito das famílias por juristas brasileiras. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Vulnerabilidade nas relações de família**. In: Direito das famílias por juristas brasileiras. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Brasília: OMS/OPAS, 2002.

PAIXÃO, G. P. N. **Uma revisão sobre instrumentos de rastreamento de violência doméstica contra o idoso**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 22, n. 6, jun. 2014.

PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos das mulheres, família e violência**. In: Direito das famílias por juristas brasileiras. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São Paulo: Saraiva, 2013.

WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015 - Homicídio de mulheres no Brasil**. Flacso Brasil. 1ª edição. Brasília-DF. 2015.

A eutanásia e seus reflexos no Direito Constitucional e no Direito Penal

Emmanuel Matheus de Sena Brasil¹

Paulo Alves da Silva Paiva²

1 Introdução

No Direito brasileiro a eutanásia desperta muita discussão e polêmica, embora ainda não tenha sido legalizada. A origem da prática identificada como “morte boa” remonta ao começo da História, quando certas civilizações passaram a praticá-la. Era considerada uma prática comum nas sociedades bárbaras. A doutrina define eutanásia como sendo a morte intencional, executada por terceiro, com vista a abreviar a vida de pacientes terminais, poupando-os de sofrimentos cruéis e prolongados.

O presente estudo versará sobre a eutanásia e seus reflexos penais e constitucionais. O direito à eutanásia é tema polêmico, e

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí, Pós-graduando em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócio – CEDIN (Belo Horizonte/MG) e Bolsista do programa de Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI.

² Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Teoria Geral e Filosofia do Direito (PUC/MG). Especialista em Direito Público (CEUT). Professor do Centro Universitário UNINOVAFAPI. Procurador da Fazenda Nacional. Membro do Grupo de Estudo de Direito Público (UNINOVAFAPI) e do Grupo de Estudo de Direito Constitucional: Direito e Religião (UnICEUB).

embora proibida sua prática pelo ordenamento jurídico, há os que defendem que a mesma seja regularizada no Brasil.

A complexidade do tema é resultado das inúmeras implicações dessa prática e dos vários ângulos em que se apresenta a questão, contemplando aspectos sociais, jurídicos, morais, éticos, religiosos, filosóficos e de bioética.

Há um importante conflito de valores que se estabelece com relação ao direito à vida e ao direito à liberdade de escolher uma morte digna ou “morte serena”.

Com relação aos animais, o abate ou sacrifício com vista a evitar sofrimento ou contágio de certas doenças graves e incuráveis, como a leishmaniose canina ou calazar, sempre foi aceita sem contestação e sem conflitos éticos, jurídicos e religiosos, que são próprios com relação a eutanásia.

Na eutanásia, por envolver o ser humano, a questão assume outra dimensão. O presente estudo tem como objetivo geral analisar a prática da eutanásia à luz dos princípios constitucionais, destacando seus reflexos penais. É objetivo específico do trabalho apresentar o conceito e as principais modalidades de eutanásia, destacando os argumentos contrários e favoráveis à prática e a doutrina que hoje prepondera sobre essa questão.

Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental efetuada com base em fontes variadas, tais como livros, revistas científicas e informações eletrônicas colhidas em sites e artigos científicos disponíveis na rede mundial de computadores (internet). Utiliza-se o método indutivo, mediante uma análise crítica do tema. A legislação brasileira é analisada notadamente no que tange aos direitos fundamentais estipulados na Constituição Federal de 1988, bem como no tocante às responsabilidades civis e penais previstas, respectivamente, no Código Civil e no Código Penal brasileiros.

A problemática abordada pode se desdobrar nas seguintes indagações: A Constituição brasileira proíbe a eutanásia? A eutanásia garante efetivamente uma morte digna?

Assim, concluída esta introdução descritiva, trata-se da análise do conceito de eutanásia, que não é uniforme. Segue-se um breve apanhado de sua evolução histórica e de sua classificação e modalidades. O tópico subsequente põe em relevo a problemática definida para, em seguida, tratar da eutanásia à luz da ordem constitucional, identificando um aparente conflito entre os princípios constitucionais do direito à vida e dignidade humana e a liberdade de escolha de uma morte digna.

No campo da dogmática jurídica, procura-se ainda identificar o que o Direito Penal regula a respeito da eutanásia e como fica a questão das responsabilidades cíveis e criminais. E sob a perspectiva religiosa, é importante destacar a posição da Igreja Católica – que se mostra bem definido – em relação ao tema.

Por fim, uma rápida incursão no direito comparado revela que, nos diversos países do mundo, assim como no Brasil, o posicionamento predominante a respeito da eutanásia é contrário à sua prática. Há, porém, alguns países que oficializaram a eutanásia.

2 Eutanásia: aspectos conceituais e históricos

A eutanásia não apresenta um conceito uniforme. Isto se dá, provavelmente, por afetar, além da área jurídica, diversas outras searas que lhe dão definições variadas. Sob o ângulo jurídico, a eutanásia é definida como a ação médica intencional que abrevia a vida de um paciente terminal em extremo sofrimento, diante de uma situação incurável e da ausência de recursos médicos capazes de garantir a sobrevivência do paciente (MASSON, 2017, p. 243).

Para Asúa (1928, p. 185) “a eutanásia é a morte que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penosa, que tende a extinguir a agonia demasiada cruel ou prolongada”.

A origem etimológica da palavra eutanásia é assim descrita por Santos apud Dodge (1999, p. 4):

Derivada do grego (eu, que significa bem, e thanasia, que significa morte), a expressão tornou-se mais conhecida na perspectiva médica pelo filósofo inglês Francis Bacon, no século XVII, para expressar que o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer cura, mas também quando pode servir para procurar uma morte doce e tranquila.

O que se pretende com a eutanásia é propiciar a morte sem que o paciente terminal padeça de intensa dor física. Por isso, identifica-se a eutanásia como “boa morte”, morte suave e morte calma.

Nessa linha, destaca Asúa (apud FEROLDI, 2012, p. 3): “a eutanásia é vista como ato de bondade e humanismo, pois com compaixão se proporciona ao doente incurável a morte tranquila, tirando-o de uma vida de sofrimentos e desesperos”.

Segundo o viés humanitário, Bittencourt (apud SILVA, 2000, p. 1) define eutanásia como “morte boa, piedosa e humanitária, que, por pena e compaixão, se proporciona a quem, doente e incurável, prefere mil vezes morrer, e logo, a viver garroteado pelo sofrimento, pela incerteza e pelo desespero”.

Esse carácter humanitário da eutanásia, destacado por alguns em razão da ausência de dor, é contestado por outros que veem na eutanásia um ato atentatório à vida.

A instituição que mais tem contestado a prática da eutanásia é a Igreja Católica, segundo a qual, a vida é um dom sagrado que Deus e não pode ser tirada por ninguém, mesmo com o consentimento do paciente.

Sobre a influência da Igreja nessa questão, destaca Jessica Hind Costa:

No Brasil, tal como nos outros países que sofrem influência direta da Igreja, existe uma campanha dos religiosos para que essa prática seja proibida. Inclusive, outras religiões, tais como o Espiritismo, também manifestam repulsa à ideia de qualquer tipo de intervenção nesse sentido. (COSTA, 2014, p. 5).

Nos ensinamentos de Nobrega Filho (2010, p.18):

No plano das declarações oficiais da Igreja Católica, a moral tradicional investiu a vida humana, em todo o tempo, com o caráter de santidade. Para o pensamento católico tradicional, a vida humana poderia ser configurada como bem pessoal, bem comum e dom divino, valor ético por excelência. Sua lesão ou colocação em perigo eram objeto de enfática condenação, tanto no que se refere a condutas homicidas como em torno do suicídio.

A Igreja considera moralmente inaceitável tal atividade sob a óptica da vida humana e suas implicações.

Masson (2017, p. 243) se contrapõe à opinião das instituições religiosas, declarando que, por se tratar de matéria permeada de divergências, o cenário da discussão deve ser o Estado laico, onde argumentemos puramente religiosos não justificam nem fundamentam as decisões públicas. Estas, para serem legítimas, devem ser travadas de forma imparcial, longe do ponto de vista religioso.

Não é bem assim que funcionam as coisas. A República do Brasil adotou o modelo laico de Estado, no qual não há preferência de religião nem interferência das mesmas nos assuntos estatais, que devem ser guiados pelo interesse público e pelo princípio da igualdade entre os cidadãos.

Todavia, nada obsta que as igrejas manifestem sua opinião sobre quaisquer temas em discussão. Essa possibilidade é conferida pelo ordenamento jurídico a qualquer particular ou sujeito *sui generis* que tenha direito à livre manifestação de pensamento e expressão, os quais podem atuar como *amicus curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Sem dúvida, a complexidade do tema muito contribui para a existência de diferentes posicionamentos em torno da eutanásia, conforme destaca Niño (apud NÓBREGA FILHO, 2010, p. 48):

Além de serem bastante diversificados os posicionamentos a respeito da eutanásia, também são variados os significados dados pelos autores a essa expressão e os termos a ela correlatos, outorgando

razão aqueles que, como Patrick Verspieren, encontraram em seu conceito um paradigma de ambiguidade semântica.

A doutrina encontra dificuldade para uniformizar o conceito de eutanásia em razão da importância do tema para as mais diversas áreas do conhecimento.

Os indivíduos que se sujeitam à prática da eutanásia são pacientes em estado terminal que, de alguma forma, pretendem interromper a vida por não aguentar o sofrimento nem encontrar mais qualquer sentido para a continuidade da vida.

Mas a prática da eutanásia é defendida de forma mais ampla, de modo a abranger bebês recém-nascidos que apresentem determinadas anomalias e pessoas em estado vegetativo sem perspectiva de cura.

Entre os povos primitivos, a eutanásia era bastante utilizada para aliviar a dor e o sofrimento, e também contribuiu para o avanço da Medicina que, a princípio buscava cuidados paliativos para controle da dor, praticando o sacrifício do doente, quando necessário.

Segundo Borges (2005, p. 1) “a intenção da eutanásia, em sua origem, não era causar a morte, mesmo que fosse para fazer cessar os sofrimentos da pessoa doente”.

Embora não seja uma característica generalizada da modernidade, a eutanásia é uma prática milenar. Os brâmanes matavam ou abandonavam na selva suas crianças de mais de dois meses de idade, quando estas pareciam de má índole. Os espartanos, por sua vez, davam morte às criaturas fracas, por considerarem-nas inúteis para a *polis*. O povo celta também matava as crianças deformadas ou monstruosas e os velhos valetudinários, achacadiços ou inválidos, costume que também era comum aos eslavos e escandinavos (MENEZES apud FRÓES, 2010, p. 13).

Na Idade Antiga, crianças raquíticas, com má-formação ou anomalias eram consideradas pelo Estado como um fardo, pois não serviam para a luta nas guerras tão frequente na época.

Em Atenas, aos 60 anos de idade as pessoas poderiam solicitar o seu próprio envenenamento à magistratura local.

Em Atenas, todo aquele que chegasse aos 60 anos de idade era envenenado, já que não traria mais contribuição à guerra e todo aquele que estivesse exausto de sua vida e de seus deveres para com o Estado podia procurar a magistratura a fim de manifestar sua vontade de ser envenenado. Esse pedido costumava ser concedido. (FEROLDI, 2012, p. 5).

Na Idade Média cresceu significativamente o número de casos de eutanásia devido a peste negra, uma pandemia que assolou drasticamente a população europeia da Baixa Era Medieval em meados do século XIV, o que culminou numa série de consequências sociais, econômicas e políticas.

Para Silva (2000, p. 5), na Idade Média a eutanásia era justificava pela intensa dizimação da vida, a miséria e a falta de alimentos:

(...) durante as guerras, era usado entre os soldados um punhal pequeno e afiado, denominado "misericórdia", com o qual se livravam dos sofrimentos os mortalmente feridos. Foi durante a Idade Média que ocorreram inúmeras epidemias e pestes. Nesses tempos era comum a prática da eutanásia, uma vez que as doenças alastravam-se com maior facilidade, devido ao grande estado de miséria em que se encontrava a população durante o período de decadência do feudalismo.

Na Idade Contemporânea, por sua vez, houve casos emblemáticos, como o projeto AKTION T4, criado em 1939 e abolido em 1941. Tratava-se de um programa nazista que permitia a realização da eutanásia com crianças mal desenvolvidas ou inaptas para viver. Esse programa foi estendido também para adultos e idosos negros, judeus e ciganos. Nos dias sombrios do regime nazista, os médicos e as parteiras tinham o dever de notificar a autoridade sanitária de casos de retardo mental, deformidades físicas e outras condições limitantes. Havia uma junta médica

formada por três profissionais que examinava cada caso e, havendo unanimidade, promovia-se a eliminação das pessoas. Trata-se da prática da eutanásia em massa (GAMA, 2010, p. 22).

3 Eutanásia e Práticas Assemelhadas

Num sentido mais amplo, a eutanásia apresenta diferentes modalidades e variações. São assim a eutanásia propriamente dita, o suicídio assistido, a ortotanásia e a distanásia. A legislação brasileira não permite nenhuma dessas práticas.

A eutanásia propriamente dita consiste na conduta comissiva ou omissiva do médico que emprega (ou deixa de empregar) meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável ou em grave sofrimento, abreviando-lhe a vida (DODGE, 1999, p. 4).

Essa é a eutanásia típica e comum, cuja ação tem o propósito de apaziguar o sofrimento do indivíduo que não tolera mais uma vida de aflição.

No suicídio assistido o próprio paciente terminal aplica em si mesmo a ação de retirar a vida, mediante a assistência de especialista da área.

O suicídio é fato atípico, não constituindo conduta criminosa, pois o agente é também a vítima desse ato, o que impossibilitaria qualquer tentativa de penalização. Porém, o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio é crime devidamente tipificado no art. 122 do Código Penal brasileiro, respondendo o agente por tais atos:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. (BRASIL, 1940).

Embora seja um crime de ação múltipla e de conteúdo variado, os comportamentos previstos no tipo levam o agente a responder pela infração criminal, se presente pelo menos um deles.

A doutrina, ao caracterizar a ação de cada um, considera que “no suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro” (RIBEIRO apud SÁ, 2001, p.69).

Neste caso, o auxílio será sempre material, pois o paciente recebe a substância prescrita pelo médico ou por outrem a fim de conseguir o seu intento.

Na ortotanásia ocorre a morte certa, natural e normal, ocasionada em razão de interrupção do tratamento médico que, apesar de manter o sujeito vivo, não oferece nenhuma chance de recuperação (MASSON, 2017, p. 243).

A ortotanásia é muito comum, passando a ideia, que não deixa de ser verdadeira, de uma morte que segue seu curso natural, sem o prolongando artificial da vida, próprio da distanásia.

A ortotanásia é também denominada de eutanásia passiva ou omissiva, pois é praticada por médico cuja contribuição para o desfecho letal é deixar que o estado do paciente se desenvolva em seu curso natural, sem o emprego de meios artificiais. Essa prática poder ocorrer sem que o paciente tenha solicitado ao médico ou mediante manifestação de vontade do paciente quanto ao não prolongamento da vida (GUIMARÃES 2008 p. 154)

O exemplo clássico de ortotanásia consiste no desligamento dos aparelhos de respiração artificial de um paciente de insuficiência grave ou falência cardiorrespiratória.

A distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica, diz respeito ao prolongamento da vida do paciente por meios artificiais, quando acometido de alguma enfermidade grave ou com sofrimento psíquico ou físico. Nela o especialista emprega todos os meios terapêuticos possíveis, inclusive os extraordinários e

experimentais, para prolongar a vida do doente agonizante, já incapaz de resistir, e no curso natural do fim de sua vida. Esse prolongamento se faz na expectativa duvidosa de prologar a existência, sem qualquer certeza de eficácia quanto à reversibilidade do quadro (DODGE, 1999, p. 6).

São medidas vitais para que a vida continue sendo preservada mesmo que o paciente terminal tenha que passar por dolorosas angústias e sofrimentos intoleráveis durante o processo de manutenção da vida “provocada pela insistência no uso dos modernos meios terapêuticos” (GUIMARÃES, 2008, p. 165).

Do ponto de vista jurídico, a conduta médica na distanásia não é ilícita, nem culpável, exceto se os meios extraordinários forem empregados com o propósito de encurtar a existência, caso em que caracterizará também o homicídio (SANTO apud DODGE, 1999, p. 6).

A eutanásia pode ser classificada segundo diferentes critérios. Para Cabette (2009, p. 20) a eutanásia pode ser natural ou provocada. Na primeira o óbito acontece sem intervenções externas e sofrimentos. Na eutanásia provocada ou voluntária, a conduta humana, seja por parte do próprio doente ou de outrem, contribui para o fim da agonia, amenizando o padecimento do doente ou abreviando sua vida. Essa conduta pode ser comissiva ou omissiva, ocorrendo de forma direta ou indireta.

A eutanásia provocada pode ter ou não a intervenção de um terceiro. No primeiro caso, denomina-se eutanásia heterônoma. Quando não há tal intervenção, a eutanásia denomina-se autônoma, pois provocada unicamente pelo próprio enfermo.

Quanto à ação, a eutanásia pode ser ativa ou passiva. Na eutanásia ativa ou por comissão há uma ação direta e deliberada de abreviar a vida, ou seja, a prática de atos que ajudam o doente a morrer (CABETTE, 2009, p. 23).

Na eutanásia passiva ou por omissão há uma abstenção deliberada quanto aos tratamentos médicos ordinários ou proporcionais que poderiam prolongar a vida (CARVALHO apud CABETTE, 2009, p. 24).

Nesse tipo de eutanásia (passiva) o enfermo acometido da moléstia está em uma situação de desfecho letal e não há nenhuma atividade médica ou medida extraordinária que possa ser empreendida para diminuir a dor, tendo por consequência a morte do paciente. Esse tipo de eutanásia corresponde à ortotanásia, pois, em ambas, a morte é certa. Todavia, nem todos concordam com essa identificação, pois, enquanto na ortotanásia há interrupção do tratamento médico, na eutanásia passiva o tratamento sequer se inicia.

Ainda quanto a ação, fala-se em eutanásia de duplo efeito, categorizada pela “ação médica ao ministrar determinados tratamentos, que por possuírem efeitos tóxicos ou agressivos, embora transmitam um estado confortável ao paciente, acabam por apressar a sua morte” (CAMPOS; MEDEIROS, 2011, p. 13).

Esse tipo de eutanásia visa aliviar o sofrimento, porém, os excessivos tratamentos e as altas doses de medicação, terminam por tornar mais rápida a morte.

No tocante ao consentimento, a eutanásia pode ser voluntária, involuntária e não-voluntária. A eutanásia voluntária ocorre quando há “vontade livre, informada e consciente do paciente sobre o processo de morte” (NOBREGA FILHO, 2010, p.53).

Há países que, quando o paciente não tiver total discernimento por conta da moléstia que o acomete, a família pode tomar a decisão.

Na eutanásia involuntária a morte é provocada sem a concordância do paciente ou contra a sua opinião, sendo realizada a pedido dos familiares ou por deliberação do próprio médico (CAMPOS; MEDEIROS, 2011, p.13).

A eutanásia não-voluntária ocorre “quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela” (FRANCISCONI; GOLDIM, 2003, p. 1).

A pessoa, a quem foi retirado a vida, não tem a opção de escolher entre viver ou morrer porque, ou se tornou incapaz de exprimir a sua vontade, ou já é incapaz (recém-nascido). A diferença entre essa espécie para com a eutanásia involuntária é que esta a pessoa poderia exprimir a sua vontade recusando ou não o

procedimento e que foi tão somente ignorada dando preferência a outrem que deseja que retirar-lhe a vida, existe a interferência externa e não a do paciente que porventura desejaria continuar na luta à sobrevivência.

4 Eutanásia e Implicações Constitucionais

As implicações da eutanásia não se restringem aos campos do Direito Constitucional e do Direito Penal. Sua prática abarca outros aspectos da vida social, notadamente nas esferas da moral, da ética, da religião e da política e da própria realidade social vivida. E a importância da eutanásia não se restringe está aos aspectos da morte da vida, mas envolve também as questões relacionadas à dignidade humana e à liberdade de escolha. Embora alguns países a considerem legal, a maioria dos países, inclusive Brasil e países latino-americanos, não admitem a prática da eutanásia, sendo a mesma tipificada como crime.

A partir de sua contextualização à luz dos princípios constitucionais, a doutrina brasileira aponta interpretações diferentes sobre a eutanásia, muito embora parte significativa da doutrina seja contrária à sua prática, por compreender que, sendo uma forma de interromper a vida, violaria a cláusula pétrea constitucional do direito à vida.

A esse respeito, Geyza Fróes assim se posiciona:

A relevante discussão em torno desse tema decorre do fato de que a eutanásia se contrapõe ao mais relevante e sagrado dos direitos constitucionalmente assegurados: a vida. Trata-se do mais fundamental de todos os direitos, pois constitui pré-requisito para a existência e o exercício de todos os demais. (FRÓES, 2010).

Em sentido contrário, há países que legalizaram a eutanásia admitindo juridicamente sua prática, com o é o caso da Holanda e da Bélgica, onde a autorização para sua realização foi precedida de intenso debate e discussão com a sociedade, de modo a afastar os

questionamentos e preconceitos sobre tão delicado tema, retirando, por fim, sua tipificação como ilícito penal.

A controvérsia sobre esse tema gira em torno do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Para alguns, essa norma basilar confere ao paciente cuja morte está próxima, a liberdade de escolher uma forma digna de morrer e, dessa forma, abreviar sua dor e sofrimento.

Mas seria mesmo essa morte, pelo simples fato de sua abreviação, uma morte digna? A questão não é tão simples e envolve um aparente conflito entre diversos princípios constitucionais, a começar pelo já citado direito à vida e o princípio da dignidade humana.

A autorização de algo tão polêmico pelo Estado exige ampla discussão e muita conscientização e maturidade por parte da sociedade, o que de fato ocorreu nos já citados países que adotaram a eutanásia.

A vida humana tem valor intrínseco e quase absoluto, sendo um dos principais bens tutelados juridicamente e o mais importante dos direitos humanos. A vida é pressuposto de todos os demais direitos, “sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014 p. 121). Mas o princípio da dignidade humana assume também grande relevo, pois mais do que vida, exige qualidade de vida.

É a partir do direito à vida que o ser humano, incumbido de direitos e deveres, passa a exercer outros direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, o direito à vida, como direito personalíssimo, tem a características de ser irrenunciável, ou seja, nenhuma pessoa pode dele dispor, o que confirma seu caráter de indisponibilidade e de não transitividade (não poder ser transmitido).

A respeito das características do direito a vida, Luciana Roberto (2004, p. 4) destaca trata-se de “um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível” e por sua vez fundamental e personalíssimo. Por essas

características e pela importância que a vida apresenta, a sociedade tem relutado em admitir que alguém goze de um direito à morte, cuja ideia é totalmente contrária ao princípio da vida.

A Constituição Federal contempla o direito à vida como norma essencial para a garantia de outros direitos e deveres, ao estabelecer, no art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988). Desses direitos fundamentais básicos acima enumerados desdobram-se os demais direitos enunciados nos incisos do mesmo artigo.

Nobrega Filho (2010, p. 21) assim resume a normatização do direito à vida:

Um valor, um princípio e também como um direito natural (inerente ao indivíduo e anterior a qualquer contrato social), humano (reconhecido internacionalmente como inerente ao ser humano na Declaração Universal dos Direitos do Homem) e, ainda, fundamental, pois incluído no ordenamento constitucional, sendo sustentáculo dos denominados direitos de primeira dimensão.

A problemática em torno do direito à vida não se restringe à eutanásia, mas envolve outros temas também polêmicos, tais como: a ortotanásia, o aborto, a reprodução assistida e a pena de morte.

Mais recentemente esse elenco de temas complexos foi ampliado com as novas tecnologias surgidas nas áreas da genética, bioengenharia e biotecnologia. Esses direitos, que integram a quarta dimensão dos direitos fundamentais, envolvem a manipulação do patrimônio genético e devem ser protegidos contra os “potenciais perigos envolvendo as novas tecnologias (...) que são guiadas pelo princípio da solidariedade” (BUDEL, 2017, p. 13). Dessa forma, o Direito terá que estabelecer novos paradigmas, capazes de assimilar as novas perspectivas científicas.

O direito à vida se desdobra em diferentes aspectos. O marco inicial da vida define o momento inicial de sua proteção. Todavia,

esse momento não foi tratado na Constituição nem tampouco se insere no universo jurídico, pois está afeto ao campo das ciências biológicas.

Um dos desdobramentos da vida refere-se ao aspecto biológico relacionado à integridade física e psíquica. A existência física não pode ser violada nem pelo Estado nem pelos seus particulares (MASSON, 2017, p. 238).

Outro desdobramento do direito à vida, de acordo com Lenza (2017), diz respeito à dignidade humana (vida digna), que compreende a garantia das necessidades vitais básicas do ser humano e a proibição de qualquer forma de tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc. A vida digna exige condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência (PAULO; ALEXANDRINO, 2014 p. 121).

O direito à liberdade de escolher uma morte digna estaria amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana?

Da mesma forma que a eutanásia, o princípio da dignidade da pessoa humana tem múltiplos significados, não havendo consenso doutrinário quanto ao seu conteúdo e quanto a sua abrangência, muito embora o princípio seja frequentemente utilizado pelas partes e pelos julgadores para justificar o reconhecimento de outros direitos fundamentais.

Nas palavras de Yunta (2000, p. 3), em determinadas situações e circunstâncias, “a vida perde toda qualidade e significado, de forma que a morte é preferível”.

Em situações assim, estaria ausente a vida em sua dignidade e o único fator determinante para seu fim passa a ser o consentimento do paciente, a quem deve ser assegurada liberdade individual e a autonomia privada para manifestar de forma expressa sua vontade.

Essa concepção, extremamente radical e bastante minoritária no Brasil, reconhece um verdadeiro “direito de morrer” aos indivíduos, algo totalmente oposto ao que resta estabelecido na

ordem constitucional brasileira. A eutanásia é o reconhecimento do direito de morrer, mas a ordem constitucional consagra mesmo é o direito de viver.

Conforme destaca Heloisa Helena Quaresma (2010), o direito à vida, garantido pela Constituição Federal, é visto como o mais primordial dos direitos assegurado garantia fundamental, colocando a vida como merecedora de todas as atenções desde sua formação uterina ao estado de pré-morte. A morte, que se revela como um profundo mistério cheio de indagações, ainda não tem respostas para sentimentos como o sofrimento.

5 Eutanásia e Implicações Penais e Administrativas

A eutanásia é normalmente tipificada como homicídio, pois o resultado naturalístico desse ato é a morte. Assim é mesmo quando o ato é realizado por terceiro, mediante consentimento do sujeito que, estando em estado irremediável, queira abreviar sua vida. Trata-se de ato criminoso cujo tipo legal ou incriminador da ação é “matar alguém”, tipificando no artigo 121, do Código Penal, como crime material de homicídio simples (BRASIL, 1940).

O homicídio simples é assim definido por Rogério Greco:

Entende-se por tipo simples aquele em que no tipo penal prevê tão somente um único comportamento, vale dizer, um único núcleo. Podem, por isso, ser denominados também de tipos uninucleares, a exemplo do que ocorre com o crime de homicídio simples, previsto no art. 121 do Código Penal, cuja narração constante de seu preceito primário diz: "Matar alguém" (GRECO, 2015, p. 224).

Por se tratar de um crime material, tem como resultado naturalístico o evento morte. É de se esperar que este terceiro seja um profissional da área da saúde tal como um médico, um enfermeiro, técnico de enfermagem.

Masson (2011, p. 189-190) define crime material como aquele em que o tipo penal aloja em seu interior uma conduta e um

resultado naturalístico, sendo a ocorrência deste último necessária para a consumação. Assim é o homicídio, pois a conduta é “matar alguém” e o resultado naturalístico ocorre com o falecimento da vítima, quando opera a consumação.

Embora o Código Penal brasileiro não contemple uma proibição explícita da eutanásia, a doutrina majoritária considera tal prática como forma de homicídio que, por conseguinte, encontra-se tipificada como crime (art. 121, CP).

O ato pelo qual um indivíduo dispõe de sua própria vida, corresponde ao conceito de suicídio, ato que não tem previsão legal no ordenamento jurídico, não havendo punição para quem o pratica, mas tal ato também não constitui o exercício de um direito (ROBERTO, 2004 p. 4).

Embora a eutanásia não esteja expressamente proibida ou autorizada na Constituição Federal, nem tampouco no Código Penal brasileira, esses diplomas trazem princípios e disposições que são empregados para fundamentar as posições doutrinárias a respeito dessa prática.

Para Heloisa Helena Quaresma (2010), ao considerar a eutanásia como homicídio, surge a questão de enquadrá-la na categoria da morte piedosa, que constitui homicídio privilegiado, nos termos do art. 121, §1º, do Código Penal:

§ 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 1940).

Esta modalidade de homicídio é denominada na doutrina de homicídio por piedade, já que é praticado por relevante valor moral e por conta disso é causa de diminuição de pena. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 exemplifica “motivo de relevante valor social ou moral” como “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)”. (BRASIL, 1940).

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236, de 2012, cujo objetivo é revogar o atual Código Penal brasileiro de 1940 e instituir o novo Código Penal do Brasil. O relatório final da Comissão de Juristas criada para elaboração do referido Código foi aprovado pelo Senado em 2011.

O Projeto do novo Código Penal tipifica a eutanásia nos seguintes termos:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. (BRASIL, 2012).

Se aprovado, a eutanásia recebe tipificação específica e não mais será vista como homicídio privilegiado. O §1º do artigo 122 prevê uma hipótese de perdão judicial quando as circunstâncias do caso tiverem relação com o parentesco ou laços de afetividade do agente para com a vítima. O Projeto prevê também causa de ilicitude para a ortotanásia (art. 122, § 2ª).

A ortotanásia já está encontra prevista na Resolução de nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que assim estabelece:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal,

de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (BRASIL, 2006).

Diferentemente da eutanásia, a ortotanásia constitui uma medida aceita na prática médica e a Comissão, inspirada na resolução do CFM, decidiu que esta prática fosse uma excludente de ilicitude.

Para Greco (2015 p.328), no crime de homicídio, o objeto material do delito é a pessoa contra a qual recai a conduta praticada pelo agente e o bem juridicamente protegido é a vida e, num sentido mais amplo, a pessoa”.

A prática da eutanásia também envolve a relação médico-paciente e a responsabilidade civil e criminal.

Quando o direito à vida é desrespeitado com a prática da eutanásia, o agente causador da morte – na maioria das vezes, um profissional da área da saúde – é responsabilizado civil e criminalmente.

Ao opinar sobre a responsabilidade do médico e relação médico-paciente, Dodge (1999, p. 3) destaca que:

O médico, por exemplo, na relação jurídica que estabelece com seu paciente, tem vínculo marcado pelo dever de custódia, de prestar-lhe auxílio técnico tendente a aliviar-lhe o sofrimento ou a proporcionar-lhe a cura. Do cumprimento ou não deste dever, ou do modo como ele é cumprido se com perícia, ou com imprudência ou negligência ou imperícia -, exsurgem responsabilidades, inclusive penal.

O Código Civil brasileiro também é muito claro no tocante à responsabilização civil nesses casos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL, 2002).

Assim, o responsável pela abreviação da morte do paciente, sem ou com o consentimento deste, tem a obrigação de indenizar a sua família ou qualquer outro parente próximo ou uma pessoa que, em relação àquele, tenha um vínculo afetivo.

Quanto à responsabilização criminal, o médico pode sofrer processo criminal de ação penal pública promovida pelo Ministério Público, a fim de investigar e punir pelo delito cometido. Segundo Feroldi (2012, p.9), “tanto na esfera civil como na esfera criminal o médico será responsabilizado quando agir em desacordo com a lei, sendo que criminalmente há punições e civilmente o ressarcimento dos danos causados”.

O Código de Ética e Medicina (Resolução n. 1.931 do CFM) assegura, nos termos dos artigos 24 e 41, a autonomia e a liberdade do paciente, proibindo, por outro, lado a eutanásia:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

É vedado ao médico (...):

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

O novo Código de Ética Médica conferiu maior efetividade à liberdade de escolha do paciente, pois “o doente ganha autonomia para decidir sobre o seu futuro, contudo, para tanto ele deve ter esclarecido detalhadamente todos os riscos e opções de tratamento para a sua doença” (FEROLDI, 2012, p.9).

O paciente deve receber detalhes sobre seu futuro, as opções e os riscos envolvidos, tendo também o direito de dar sua opinião a respeito do tratamento que será adotado e quanto ao procedimento aceito pelo médico e por ele. O médico deve estar ciente quanto ao bem-estar do paciente, seu diagnóstico e processos terapêuticos.

Caso o médico aja fora dos padrões estabelecidos no Código de Ética, poderá ter seu registro cassado no Conselho Federal de Medicina, entidade federal que, diante do caso concreto, decide de forma definitiva sobre o exercício profissional da Medicina.

Cumprе salientar que a Resolução nº 1.805, de 2006, autoriza o médico a “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (art. 1ª). Da mesma forma, a Resolução nº 1.931, de 2009, que trata dos princípios fundamentais da Medicina, prescreve que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados” (Capítulo I, inciso XXII).

Ressalte-se que as disposições normativas acima referidas não se aplicam à eutanásia. Tratam apenas da ortotanásia, que na praxe médica e hospitalar tem sido admitida.

No tocante à distanásia, que consiste no prolongamento artificial da vida de enfermo que não tenha qualquer expectativa de melhora ou de cura, apenas prolongando o sofrimento do doente, trata-se de procedimento antiético e que viola a própria dignidade do enfermo.

7 Eutanásia no Direito Comparado

Embora as discussões e debates sobre a eutanásia estejam presentes no mundo, poucos são os países que legalizaram essa prática. A maioria dos países a rejeita, inclusive tipificando-a como crime, como ocorre no Brasil e nos países latino-americanos.

Enquanto a maioria dos países latinos (caso de El Salvador, Paraguai, Colômbia, Peru e Brasil) qualificam a eutanásia como homicídio piedoso, na Bolívia essa prática constitui um tipo penal próprio.

A Bélgica e a Holanda foram os primeiros países a aceitar a eutanásia. A Holanda foi primeira, tendo legalizado essa prática ainda em 2000. Todavia, mesmo antes dessa legalização, a prática da eutanásia já era aceita, conforme destaca Julio Severo:

Mas mesmo quando não era legal, os hospitais a praticavam, com a devida discrição. Durante muitos anos, a prática da eutanásia foi amplamente utilizada enquanto o sistema legal do país fazia de conta que não via os médicos que insistiam em que seus pacientes estavam melhores mortos do que vivos. Se antes esses médicos tinham poucas preocupações com a justiça, hoje eles têm muito menos, pois a Holanda se tornou o primeiro país do mundo a aprovar leis que veem o assassinato de pacientes como tratamento médico legítimo. (SEVERO, 2005, p.1).

Em seguida, a Bélgica regulamentou a eutanásia. Estes países não responsabilizam os médicos que praticam a eutanásia, mas impõem normas e etapas que devem ser observadas quando de sua realização. Dentre essas exigências está a autorização voluntária pelo paciente enfermo, seguindo-se uma série de medidas que o médico deve atender, tais como: (i) prescrever recomendação, por escrito, onde se avalia a gravidade da situação do doente e (ii) designar comissão de especialistas quando julgar necessário ouvir outras opiniões.

8 Conclusão

A eutanásia é uma prática antiga, mas sua aceitação e legalização pouco tem evoluído ao longo da história da humanidade.

A eutanásia afeta não apenas a área jurídica, mas diversas outras searas que lhe dão definições variadas. Sob o aspecto jurídico, a eutanásia é normalmente a ação médica intencional que abrevia a vida de paciente terminal com vista a pôr fim ao seu sofrimento.

A legalização da eutanásia vem evoluindo de forma lenta, sendo poucos os países que atualmente adotam essa prática, como é o caso da Holanda e da Bélgica.

No Brasil a eutanásia não é permitida, embora o anteprojeto de Código Penal preveja a possibilidade de perdão judicial para o caso.

Adotando como fundamento o princípio de que a vida é um dom de Deus, a Igreja Católica tem oferecido resistência a qualquer tentativa de legalização da eutanásia, assim como também faz em relação ao aborto e outras práticas que violam o direito à vida. A Igreja não reconhece o livre arbítrio ou autonomia do ser humano para dispor sobre sua própria vida.

Os adeptos da eutanásia procuram se ancorar no princípio da dignidade humana, mas ainda não se formou uma doutrina forte e preponderante que privilegie o valor da dignidade humana em detrimento do valor da vida. Na hierarquia de valores, a vida tem marcante precedência sobre todos os demais valores.

A eutanásia, por envolver múltiplas questões, é um dos temas mais complexos e polêmicos a ser enfrentado pela sociedade moderna. Como nenhum outro, ela divide as opiniões e suscita intensos debates. Qualquer que seja o direcionamento que se pretenda dar à questão, deve o mesmo ser antecedido de profundas discussões e intensos debates com a sociedade.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ASÚA, L.J. **Liberdade de amar e direito de morrer**: ensaios de um criminalista sobre eugenesia, eutanásia e endocrinologia. Lisboa: Clássica, 1928.
- BATISTA, Américo Donizete. **A eutanásia, o direito à vida e sua tutela penal**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-dez-21/eutanasia-direito-vida-tutela-penal-luz-constituicao>>. Acesso em: 5.set.2017.
- BIZATTO, José Ildelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em: 11.jun.2018.
- BRASIL. **Código Civil**. Organizador Anne Joyce Angher. 25.ed. São Paulo: Rideel, 2017.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 9.mai.2017.
- _____. **Exposição de motivos da parte especial do código penal**. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7/12/1940. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11216-11216-1-PB.htm>>. Acesso em: 12.jun.2018.
- _____. **Relatório final da comissão de juristas para a elaboração do anteprojeto de código penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12.jun.2018.
- BUDEL, Diego G. O. Direitos fundamentais: dimensões e redimensionamentos perante o protagonismo da solidariedade. In: **Revista Unifacs**, Salvador, n. 209, nov 2017. Disponível em: < <http://revistas.unifacs.br/index.php/revista/article/view/5201/3319>>. Acesso em: 9.jun.2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia. Comentários à Resolução 1.805/06 CFM Aspectos Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2009.

CAMPOS, Patrícia Barbosa; MEDEIROS, Guilherme Luiz. **A eutanásia e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <http://docs.uninove.br/artefac/publicacoes/pdfs/patricia_drt_2011.pdf>. Acesso em: 12.jun.2018.

CESARIN, Selma Aparecida. **Breves considerações sobre eutanásia e ortotanásia e o respeito ao princípio da dignidade no momento da morte.** Disponível em: <<http://repositorio.pgskroton.com.br/bitstream/123456789/1525/1/v.2%2Cn.2%2C%202008-7-23.pdf>>. Acesso em: 12.jun.2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.805**, 28 de novembro de 2006, Brasília - DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 12.jun.2018.

_____. **Resolução n. 1.931**, 24 de setembro de 2009, aprova o Código de ética e medicina, Brasília - DF. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 13.jun.2018.

COSTA. Jessica Hind Ribeiro. A "eutanásia humanitária" vista como forma ultrapassada do controle de zoonoses à luz da interpretação constitucional. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-eutanasia-humanitaria-vista-como-forma-ultrapassada-do-controle-dezoonoses-a-luz-da-interpretacao-constituc,49352.html>>. Acesso em: 10.jun.2018.

Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14.abr.2013.

DODGE. Raquel Elias Ferreira. Eutanásia - aspectos jurídicos. In: **Revista Bioética**, Brasília, v 7, n.1, jan 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/File/299/438>. Acesso em: 6.jun.2018.

FEROLDI, Camila. EUTANÁSIA: direito à vida versus direito à liberdade de escolha de uma morte digna. In: **Revista Direito**, Rio do Sul, n.2, jun 2012. Disponível em: < <http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/edicoes-anteriores/revista2junho2012/eutanasiadireitoavidaversusdireitoaliberdadeescolhademamortedigna>>. Acesso em: 6.jun.2018.

FRANCISCONI; Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Tipos de eutanásia**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>>. Acesso em: 12.jun.2018.

FRÓES, Geyza Rocha. Eutanásia: a legalização frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4981>. Acesso em: 5.set.2017.

GAMA, Carla Ferreira. **A eutanásia no direito brasileiro**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/CarlaFerreiraGama.pdf>. Acesso em: 11.jun.2018.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 9.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**, 17.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. I

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Tese (Doutorado em Direito penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEMIENGRE, J.; CASTERL, B. D.; VERBEKE, G.; GUISSON, C.; SCHOTSMANS, P. Ethics policies on euthanasia in hospitals: A survey in Flanders (Belgium). **Health Policy**, Leuven, v. 84, p. 170-180, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 4.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NOBREGA FILHO, Francisco Seraphico Ferraz da. **Eutanásia e dignidade da pessoa humana**: uma abordagem jurídico-penal. Dissertação (Mestrado em Ciências jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010.

QUARESMA, Heloisa Helena. O instituto da eutanásia e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Vida, dignidade da pessoa humana e morte. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7136>. Acesso em 6.jun.2018.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereria. **O direito à vida**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf>>. Acesso em: 9.jun.2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer (eutanásia, suicídio assistido)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SEVERO, Julio. **A eutanásia na Holanda**. Disponível em: <<http://juliosevero.blogspot.com/2005/11/eutansia-na-holanda.html>>. Acesso em: 13.jun.2018.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. **Eutanásia**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1863/eutanasia>>. Acesso em: 7.jun.2018.

SOARES, Orlando. **Pena de morte**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181922/000444582.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11.jun.2018.

YUNTA, Eduardo Rodríguez. **A eutanásia e seus argumentos. Reflexão crítica**. Disponível em: <https://www.medicoscatolicos.pt/images/pdf/Eutanasia/Eutanasia_e_seus_argumentos.pdf>. Acesso em: 7.jun.2018.

A arbitragem nos contratos firmados na administração pública: possibilidade de sua utilização à luz dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários

Alexandre Augusto Batista de Lima¹

Railma Samera dos Aflitos²

Anna Beatriz Britto da Silva Melo³

1 Introdução

É sabido que o poder judiciário encontra-se atualmente com uma grande demanda de questões que a ele é trazida pelos litigantes. Mas com uma grande demanda e uma pequena parcela de servidores, torna-se cada vez mais morosa a resposta jurisdicional.

A fim de responder de forma mais célere os litígios instaurados, a arbitragem torna-se um dos mecanismos de

¹ Doutorando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí. Pós-graduado em Direito Tributário Pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi e do Instituto Camilo Filho. Orientador do Projeto de Pesquisa PIVIC/Uninovafapi - 2017/2018.

² Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi. Orientanda do Projeto de Pesquisa PIVIC/Uninovafapi - 2017/2018.

³ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi. Orientanda do Projeto de Pesquisa PIVIC/Uninovafapi - 2017/2018.

resolução de conflitos a qual, sem a intervenção do estatal as divergências entre as partes são resolvidas por um árbitro escolhido pelas partes envolvidas.

Dentro desse contexto menciona-se que a arbitragem encontra-se regulamentada na Lei nº 9.307/1996. Entretanto, por volta do ano de 2015, tal lei sofreu de forma expressiva algumas modificações trazidas pela Lei nº 13.129/15 e uma dessas mudanças reside na possibilidade da utilização da arbitragem nos contratos do âmbito da Administração Pública e a ampliação da escolha dos árbitros.

No entanto, até que ponto a utilização da arbitragem pode ser benéfica para a Administração Pública? Ou será que a arbitragem na Administração Pública fere ou não fere o princípio implícito da indisponibilidade do interesse público? E quais são os limites para utilização dessa técnica de heterocomposição?

Salienta-se que a indisponibilidade do interesse público são interesses da coletividade e não estão à livre disposição de qualquer indivíduo para que se disponha conforme sua vontade.

Afirma-se que quando a lei expressamente prevê a possibilidade da utilização do meio arbitral na administração pública, não há o que se questionar quanto a matéria, todavia, nos demais casos em que não há expressa previsão impera-se a dúvida quanto a sua aplicação ao não. Mas, a utilização da arbitragem no âmbito da administração pública, cada vez mais se mostra necessária com o fito de obter maior rapidez na solução de conflitos envolvendo o Estado.

A construção do presente estudo utilizará o método bibliográfico, fazendo-se um levantamento da bibliografia publicada, incluindo revistas científicas, periódicos, que possam fornecer conhecimentos acerca do objeto da investigação. Utilizar-se-á ainda, a técnica de pesquisa documental, como por exemplo, artigos científicos.

O trabalho será estruturado em três itens. O primeiro abordará um breve histórico sobre a evolução dos modelos adotados

pela administração pública. Por conseguinte explanar-se-á sobre os aspectos da arbitragem. E por fim, o terceiro item mencionará à arbitragem nos contratos firmados na administração pública e a sua possibilidade à luz dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários

2 Breve histórico sobre a evolução dos modelos adotados pela administração pública

Embora os modelos da administração através dos séculos possa ter sido diversos, apenas três obtiveram maior relevância quais sejam: o modelo patrimonialista, o burocrático e a gerencial.

2.1 Estado patrimonial

O modelo patrimonialista prevaleceu até término do século XVIII, insta dizer que o século supracitado faz referência a época do absolutismo, onde o Estado não detinha personalidade jurídica, pois essa personalidade era ligada estreitamente a figura do soberano gerando assim uma confusão sobre a distinção do que era privado e do que era público.

Nesse soar, Rek (2014, p. 02) apresenta suas ponderações:

Na fase patrimonialista verifica-se a “confusão” patrimonial, na qual, todo o aparelho do Estado é utilizado em benefício do próprio governante e de terceiros por ele favorecidos. Assim, há o favorecimento de poucos em detrimento dos interesses de toda uma sociedade.

Importante salientar que o modelo jurídico era o confessional, ou seja, a religião tinha forte influência nas questões políticas e de lei.

O modelo patrimonialista no Brasil se iniciou desde o período em que o país ainda era considerado uma colônia e prolongou-se até meados da década de 1930. As características desse modelo não

implica cogitar em possível qualidade que a gestão pública desempenhava, sendo completamente incompatível na fase mencionada. Ademais, é importante reconhecer que ainda existe um patrimonialismo “discreto” que ainda se faz presente nos dias hodiernos em muitos órgãos públicos, em coexistência com os modelos burocrático e gerencial. E essa discricção encontra-se acolhimento na forma discricionária da administração, a qual é aplicada e/ ou exposta de maneira inadequada por maus gestores para auferir vantagens de ordem pessoais, nepotismo, desvios e corrupção (REK, 2014).

Gomes e Oliveira (2010, p. 110) concluem que:

Uma das decorrências do modelo patrimonial é que a corrupção e o nepotismo são facilitados por esse tipo de administração. Outras consequências decorrem do fato de o patrimonialismo afetar a finalidade básica do Estado de proteger a coisa pública, pois as atividades públicas deixam de estar empenhadas com a melhor relação custo-benefício possível para a sociedade. Assim, desloca-se o foco de atenção da sociedade para as questões que privilegiam o interesse de poucos.

2.2 Estado burocrático

Surgiu com a o aparecimento do Estado Liberal, e buscava transpor com o modelo patrimonialista, esse modelo de administração tinha como raciocínio que a *res* pública e o interesse público não pertenciam ao soberano absolutista, mas ao Estado.

Sobre o tema, pontua Sarturi (2013, p. 1):

No modelo de Administração burocrática são adotadas uma série de medidas cujo objetivo é a defesa da coisa pública, em contraposição ao período patrimonialista antecedente, cuja característica principal é a confusão entre patrimônio público, Estado, e o patrimônio particular do detentor do poder.

Na administração burocrática há incidência de aspectos de cunho formal, visando o controle de decisões e com isso

estabelecendo uma hierarquia de função ligada a rigidez, tendo por base princípios formais. Salienta-se também que os procedimentos considerados formais são realizados por profissionais especializados, tendo eles competências fixadas que, por sua vez, têm sujeição ao controle hierárquico.

Utilizando-se desse modelo de gestão, distanciada ficava uma das características do patrimonialismo o qual seria o nepotismo e o famoso apadrinhamento. Quem vem exercer um cargo público passa a ser um profissional com direito a remuneração já estabelecida.

Frisar-se que no país, com o advento do modelo burocrático houve a criação das pioneiras carreiras voltadas ao funcionalismo público que se deu no governo do então Presidente da República, Getúlio Vargas.

Por fim, preleciona sobre o tema com precisão Sarturi (2013, p. 1) que:

Na Administração burocrática, inicialmente não havia controle finalístico ou de resultados, pois o foco era tornar a Administração Pública impessoal. Esses objetivos somente apareceram com o surgimento da Administração gerencial.

2.3 Estado gerencial

O modelo burocrático é revisto no modelo administrativo gerencial, uma vez que, procura direcionar os resultados para o que se pretende na administração pública. Sendo assim, o gerencialismo se encontra intrinsecamente relacionado ao princípio da eficiência.

Sobre a atuação gerencial, pontua Sarturi (2013, p.3):

Entre vários meios de atuação da Administração Pública gerencial, há a parceria com a sociedade civil e uma maior autonomia para as entidades administrativas. A eficiência da administração pública, a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços públicos prestados, tendo o cidadão como

beneficiário, torna-se a meta do Estado, a essência da atividade desempenhada por este.

Considerada como nova gestão, o modelo gerencial tem como finalidade obter resultados concretos, condicionando uma gestão compromissada com a qualidade e eficiência de seus serviços, sendo o indivíduo visto por esse modelo de administração, não como mero usuário, mas como cliente do Estado.

No âmbito da administração pública, um dos princípios norteadores é o princípio da eficiência, notório se faz mencionar que, na Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998, foi incluído o princípio da eficiência na carta magna brasileira como mais um dos princípios explícitos da administração pública, que se firma a todo agente público de executar suas tarefas com presteza, perfeição e bom desempenho funcional (DI PIETRO, 2014, p. 84).

Diante das semelhanças ortográficas, é importante discernir eficiência, eficácia e efetividade que embora possam ser muito confundidas, têm significados distintos. A primeira refere-se ao modo de como se efetua a atividade administrativa. A segunda diz respeito aos meios utilizados pelos agentes da administração quando executam suas designações. Por último, a efetividade consiste em verificar os resultados obtidos com a atuação administrativa.

Também é importante pontuar que a: “economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da eficiência” (MAZZA, 2014, p.107). Então: o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 31).

3 Aspectos da arbitragem

A arbitragem é uma forma ou técnica de solucionar conflitos, com a intervenção de um terceiro, devidamente autorizado pelas

partes, a fim de promover a solução do litígio. No entender de Grinover (2003, p. 378): “a arbitragem consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-juiz, sendo que as partes se vinculam à decisão assim proferida”.

Carvalho Filho (2014, 1012), tecendo suas ponderações sobre o assunto afirma:

Arbitragem é o instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial. Em virtude do anacrônico sistema judicial, marcado pela morosidade e inefetividade, é cada vez maior o número de interessados que recorrem à arbitragem para a solução de suas divergências.

Para Tavares (2014, p. 1-2):

A arbitragem é uma forma especial de resolução de conflitos. É a técnica judicial mais utilizada de solução de litígios fora da esfera do Judiciário. Sua tônica está na tentativa de deixar o formalismo da justiça comum de lado, que na maioria das vezes é bastante complexa e exagerada. Procura utilizar-se de um mecanismo menos formal e mais ágil para a resolução de problemas. Essa maneira de interagir pode encontrar soluções mais adequadas e rápidas para as diversas formas concretas de litígios, visto que o árbitro pode ser pessoa de outra área que não seja jurídica, podendo encontrar decisão mais adequada e precisa quando envolver temas técnicos, o que seria muito mais apropriado que uma decisão proferida por um juiz, que, mesmo que auxiliado por um perito, não tiraria as conclusões de seu próprio conhecimento, tendo pouco acesso às particularidades e práticas de determinadas situações concretas.

Ressalta-se que a Lei nº 9.307/96, em seu art. 31, assevera que: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. E isso quer dizer, que a sentença dada pelo árbitro possui o condão de

produzir efeito sobre as partes e seus sucessores, ou seja, o mencionado artigo da Lei de Arbitragem afirma que a sentença arbitral possui equiparação a uma sentença judicial. (BRASIL, 1996).

O juízo arbitral julga direitos patrimoniais disponíveis, limitando-se a não julgar questões consideradas prejudiciais. Detendo essas incumbências, prolatada a sentença, esta se torna coisa julgada material e isso implica dizer que a sentença, apenas poderá ser desfeita se for declarada sua nulidade.

A decisão do árbitro pode ou não ser de forma voluntária cumprida pela parte, porém, se a parte se negar a cumprir o que por sentença arbitral foi decidido, é instaurado processo de execução sendo interveniente o Poder Judiciário.

Para que o árbitro atue na lide, deve existir convenção de arbitragem que pode ser: cláusula arbitral e compromisso arbitral. Sobre isso, merece a transcrição do art. 3º da Lei nº 9.307/96:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (BRASIL, 1996).

A primeira diz respeito à inclusão originária de cláusula no contrato, considerando a possibilidade de se houver litígios prospectivos, a arbitragem é o meio de solução. Já o compromisso arbitral, é um acordo celebrado entre as partes, quando já há uma lide estabelecida, obrigando-se a submeter tal litígio à arbitragem. Esse compromisso firmado pode se dar pela via judicial ou extrajudicial. No compromisso judicial, as partes finalizam o procedimento na via judicial e posteriormente se sujeitam ao juízo arbitral. Quando se fala na via extrajudicial, o compromisso se dar após o conflito instaurado, porém antes de se iniciar uma ação judicial.

4 Arbitragem nos contratos firmados na administração pública e a sua possibilidade à luz dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários

Diante da tão famosa crise no poder judiciário, destaca-se como uma das causas o grande número de processos e pouco servidores para atender a grande demanda existente, que por consequência, torna-se a resposta jurisdicional menos ágil, instaurando assim a morosidade.

Com o intuito de se ter uma resposta célere para a controvérsia estabelecida, a arbitragem se tornou um instrumento alternativo em que os envolvidos solucionam seus conflitos de interesses, sem a intervenção judicial, sendo assim, “é cada vez maior o número de interessados que recorrem à arbitragem para a solução de suas divergências” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1012).

A arbitragem encontra-se positivada na Lei nº 9.307/96, no entanto, tal lei sofreu de forma expressiva algumas modificações trazidas pela Lei nº 13.129/15 e uma dessas mudanças reside na possibilidade da utilização da arbitragem nos contratos do âmbito da Administração Pública e a ampliação da escolha dos árbitros.

Entretanto, insta se questionar, até que ponto a utilização da arbitragem pode ser benéfica para a Administração Pública? Será que a arbitragem na Administração Pública fere ou não fere o princípio implícito da indisponibilidade do interesse público? Quais são os limites para utilização dessa técnica de heterocomposição?

Ao se tentar responder as discussões suscitadas, cabe primeiramente conceituar, embora que de forma breve o princípio da indisponibilidade do interesse público. A indisponibilidade do interesse público "significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis" (MELLO *apud* DI PIETRO, 2014, p.67).

No entender de Marçal Justen Filho (2012, p. 114), “a indisponibilidade indicaria a impossibilidade de sacrifício ou

transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia”. Ainda, nesse diapasão o autor preleciona:

Juridicamente, e efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo. O direito não faculta ao agente público o poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público – nessa acepção, o interesse público é indisponível.

Hodiernamente, segundo a doutrina de José Carlos Magalhães (*apud*, GRINOVER, 2003, p. 382):

Tem-se constituído prática frequente a inserção de cláusula arbitral nos contratos entre particulares e Estado, deixando de constituir heresia jurídica ou humilhação o Estado submeter controvérsias sobre o contrato a árbitros privados ou a organismos de arbitragem, tendo como parte adversária um particular, e não outro Estado.

A utilização da arbitragem na administração pública só veio a ocorrer em virtude das formas peculiares das novas parcerias firmadas entre os entes da administração e os particulares, outros aspectos importantes para que tal heterocomposição ocorra é o nível de investimento injetado, ou seja, são realizados contratos de numerários astronômicos. Sendo assim, por óbvio para o Estado é vantajosa esse tipo de parceria. No entanto, deve-se priorizar, também, o equilíbrio contratual com o fim de se obter a flexibilização contratual, buscando a melhor medida que privilegie os interesses das partes envolvidas.

Doutrinariamente existem divergências quanto à utilização do meio arbitral nos litígios que envolvam a administração pública, já que parte da doutrina argumenta que a arbitragem não pode ser realizada no âmbito da administração pública se não estiver fundamentada legalmente, pois se assim fosse, estaria incorrendo em grave ofensa ao princípio da legalidade.

Em linha oposta, alguns autores, não concordam com tal argumento, advogando pela possibilidade da arbitragem nos contratos da administração pública. Nesta seara, Tiburcio (2008, p. 4), menciona três posicionamentos quanto à temática, que de forma suscita merece ser retrotranscrito:

(a) Uma corrente sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo com fundamento no art. 54, caput, da Lei no 8.666/93, que dispõe serem aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos, in verbis: —Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado⁴.

(b) Outra corrente extrai de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações – como a Lei de concessões de serviços públicos, já referida (Lei no 8.987/95, art. 23, XV) – uma autorização generalizada para que a arbitragem seja adotada em qualquer circunstância⁵.

(c) Por fim, há ainda o argumento de que a arbitragem estaria autorizada genericamente para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do art. 173, § 10, da Constituição de 1988, no qual se prevê que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

Em sede jurisprudencial assim como na doutrina, há divergências, pois existem decisões que ora entende pela arbitragem nos contratos da administração pública, ora é defendido a negativa de tal possibilidade. No Caso Lage⁶, entendeu-se pela utilização da arbitragem, a lei neste caso expressamente autorizava tal medida. Referindo-se ao Caso Lage, Tiburcio (2008, p. 6-7) aduz:

⁴ Em seu artigo, Carmen Tiburcio salientou que essa é a opinião de Adilson Abreu Dallari, Arbitragem na Concessão de Serviço Público, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal 128:65, 1995 [...].

⁵ Tiburcio ressalta que é o que resulta de uma leitura ampliativa de passagem escrita por Caio Tácito, Arbitragem nos Litígios Administrativos, Revista de Direito Administrativo 210:112, 1997 [...].

⁶ STF, DJU 15 fev. 1973, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto.

O STF determinou que o juízo arbitral sempre foi consagrado no direito brasileiro, até mesmo em causas contra a Fazenda, e que pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado. Sendo assim, para resolver a pendência do valor a ser pago em decorrência da desapropriação de bens com as Organizações Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos, a própria União submeteu-se a arbitragem, o que foi considerado válido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Caso em que envolvia AES Uruguaiana x CEEE⁷, não reconheceu a arbitragem. O argumento arguido pela relatora do processo teve como base o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal na qual prescreve que nenhuma lei pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (TIBURCIO, 2008).

Hodiernamente os Tribunais tanto Estaduais quanto os Tribunais Superiores vêm proferindo acórdãos no sentido de permitir o uso da heterocomposição nos litígios que envolvem os entes administrativos. Sendo assim, imperioso se faz transcrever o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça referente ao caso em voga:

O STJ consolidou posição de dar validade ao juízo arbitral como solucionador de conflito nos contratos de natureza econômica. Além disso, estendeu às sociedades de economia mista a possibilidade de recorrer à arbitragem nos contratos de natureza puramente comercial. (TIBURCIO, 2008, p. 10).

Destarte, resta evidente que a arbitragem vem sendo amplamente aceita pela jurisprudência pátria como um instrumento para solução de conflitos, inclusive, no âmbito da Administração Pública.

5 Considerações finais

⁷ TJRS, j.14 nov. 2002, AI 70003866258, Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva.

Quanto à seara da utilização da arbitragem nos contratos que envolvam a administração pública é imperioso ressaltar que reside uma grande insegurança jurídica. Uma das explicações para isso é a polêmica que o tema traz quanto a sua legalidade ou não e a outra justificativa estar por não haver um entendimento uníssono na jurisprudência pátria sobre o assunto.

Quando não se tem dúvida quanto à possibilidade da utilização de tal instituto, nos casos em que a lei de forma expressa autoriza, não há o que se opor. Entretanto, nos demais casos em que não há expressa previsão impera-se a dúvida. Isso não é algo tão benéfico para o Estado que fica nesse impasse já que em todos os seus níveis desde o municipal até o nível federal necessita de aparatos financeiros que em muitas vezes vêm de origem privada com finto de subsidiar obras das mais variadas espécies.

Destarte, quando se define arbitragem como uma forma de heterocomposição capaz de solucionar conflitos de interesses disponíveis, isso não quer dizer que tão somente a administração pública não possa recorrer dessa forma de resolução aspirando à mesma finalidade. Afirma-se com isso que não prospera qualquer relação que se faça entre disponibilidade ou não do interesse público com os direitos patrimoniais.

Diante do exposto, conclui-se que a admissão da arbitragem, no âmbito da administração pública, se mostra salutar e importante para otimizar e aprimorar as soluções de conflitos envolvendo o Estado, uma vez que nada impede tal prática e que a legislação hodierna estimula a sua utilização.

Referências

- BRASIL. **Lei nº. 9.307, de 34 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Maria Lucineide Serpa; OLIVEIRA, Francisco Correia de. Pública: um estudo dos aspectos da realidade cearense na estrutura de referência das reformas do Estado. **Revista de Ciências da Administração**, v. 12, n. 28, p. 105-126, set/dez 2010. ISSN 1516-3865 Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2735/273519991006/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 377-386, jul. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459/45041>>. Acesso em: 26 Ago. 2017.

JUSBRASIL. Jurisprudência. **Supremo Tribunal Federal – Agravo de Instrumento: 52181** GB, Relator: BILAC PINTO. Data de Julgamento: 14/11/1973, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: (DJ 15-02-1974 PP-***). Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712725/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015**. Disponível em:<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

REK, Marcos. Modelos de Administração Pública e reflexos na qualidade de gestão administrativa no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília - DF: 02 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50050&seo=1>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem na Administração Pública. **Revista Scientia Iuris**. v. 16, n. 1, 2012. ISSN 1415-6490. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11900/11529>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SARTURI, Claudia Adrielle. Os modelos de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e gerencial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 21 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43523&seo=1>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. Arbitragem no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14424>. Acesso em abr. 2018.

TIBURCIO, Carmen. **A Arbitragem envolvendo a administração pública**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em ago. 2017.

TJRS. Jurisprudência. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Agravo de instrumento: 70003866258**, Relatora: Teresinha de Oliveira Silva. Data de Julgamento: 13/11/2002, Segunda Câmara Cível. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3A366.ccc%3A202&partialfields=n%3A7000866258&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Direito ao esquecimento

*Mayza Allen Lopes Cerqueira Amorim**

*Cléa Mara Coutinho Bento**

1 Introdução

Este ensaio científico circunscreve-se em torno do Direito ao esquecimento que foi citado pela primeira vez na literatura especializada em 13 de maio do ano de 2014, quando o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) defendeu o direito ao esquecimento como um direito fundamental no âmbito da União Européia. Em terras brasileiras entrou em pauta em março de 2013 após o enunciado nº 531 publicado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF).

O seu estudo se configura de fundamental importância uma vez que o ambiente virtual a primeira vista, se apresenta como uma terra de ninguém, ou seja, uma zona sem controle estatal. Porém, na prática jurídica esse ambiente está regulamentado através da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, nessa lei são estabelecidos os princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da rede de computadores no Brasil.

Sucedem que com o grande fluxo com que a internet é alimentada diariamente é quase impossível colocar em prática um controle pleno sobre a utilização dos dados pessoais. Daí as chamadas viralizações e porque não falar também em banalização de fatos ocorridos a outrem que não dizem respeito de forma pessoal

a quem se predispõe a divulgar, e até guardar dados que tragam exposição de privacidade de alguém.

Diante da problematização acima delineada, o presente estudo questiona até que ponto, no Brasil, é assegurado à tutela do direito ao esquecimento? E quais os mecanismos jurídicos coibidores das denominadas vinganças pornográficas?

O Estado não possui instrumentos que garantam a essa pessoa que ela não terá mais seus dados retornados mesmo depois de ter garantido na justiça o seu direito ao esquecimento. Portanto, esse *fantasma* da memória será onipresente quase que por toda sua existência, mesmo que o Estado nos molde da metodologia civil-constitucional em vigor ofereça mecanismos de tutela da personalidade que garantam o direito ao esquecimento ou o direito de serem esquecidos, e não serem “rastreados” na rede de computadores, uma vez que nos dias atuais a lembrança e suas muitas possibilidades de acesso virtual ditam as regras.

Esse ensaio científico adotará como metodologia o modelo de teoria dogmática instrumental, que se utiliza de pesquisa sistemática, através de uma revisão bibliográfica e documental visando à aplicabilidade do direito ao esquecimento na internet. Valer-se-á da visão de doutrinadores, da Constituição Federal, do Código Civil e Marco Civil da Internet, bem como da leitura de textos científicos.

2 Direito a privacidade e imagem no Brasil

Para Santos (2016, p. 382), “a imagem diz respeito àquela representação gráfica em que a própria pessoa se reconhece e é reconhecida por outras pessoas.” Mesmo que no significado semântico a imagem possa está ligada a uma representação gráfica, plástica ou fotográfica de um objeto ou pessoa, nesse ensaio científico esse termo identifica-se com o conteúdo moral, pois, a imagem está vinculada à exteriorização da personalidade e sua dignidade. Segundo Gagliano (2012, p. 227), a imagem, se “*constitui*

na expressão sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”.

Dessa feita, a dignidade da pessoa humana é um elemento fundamental do Estado democrático, dando-lhe sustentação e sendo um dos princípios orientadores quando engloba direitos dos indivíduos coletivos ou individuais e nesses inserem-se obrigatoriamente os denominados direitos de personalidade que, por sua vez, engloba os direitos de esquecimento e de imagem e privacidade, que são objetos do presente estudo.

O direito a personalidade na visão de Gomes (2016, p. 168) está ancorado:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, verifica-se como a imagem é tratada nos vários institutos dentro da legislação brasileira, como algo de grande importância e de valor jurídico inestimável, sendo distinto do direito à honra e a intimidade, ocupando alto posto na pirâmide dos valores humanos e se conectando com a personalidade.

2.1 Constituição

O direito ao esquecimento possui raiz constitucional, uma vez que constitui uma vertente da dignidade da pessoa humana e do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. Isto está consagrado no artigo 1º, inciso III, Artigo 5º, X da Constituição do Brasil de 1988, como status de cláusula pétrea, contempla que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.*

O direito à vida, a privacidade e a imagem são considerados invioláveis, assim como a intimidade e a honra das pessoas, sendo-lhes assegurado o direito de indenização pelo dano moral ou material, caso haja sua violação.

Nesse sentido, é pertinente a observação de *Farias et al*:

[...] que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a dignidade humana, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 212).

Desta feita, embora não haja distinção jurisprudencial ou doutrinária, no ordenamento jurídico entre privacidade e intimidade, alguns consideram que o direito a intimidade está abrangido no direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito a intimidade teria como objetivo manter conversas e situações ainda mais íntimas que envolva apenas as pessoas mais próximas.

No entendimento de Mendes (2007, p.370), “*O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral.*”

O direito à privacidade teria assim, como abrangência, qualquer tipo de acontecimento e comportamentos dentro de um determinado relacionamento pessoal, e que o indivíduo não tenha interesse de compartilhar com terceiros.

2.2 Marco Civil da Internet

Com o objetivo de criar-se um ponto de referência normativa sobre o uso da internet no Brasil, a Lei nº 12.965/14, conhecida como

o Marco Civil da Internet abrange entre outros aspectos a inviolabilidade, proteção e sigilo das comunicações da *web*, visando estabelecer garantias, princípios, direitos e deveres para o uso da rede. A Lei busca garantir a fiscalização, monitoramento, análise, armazenamento, sigilo e outros.

Garantir o direito à privacidade do usuário é um dos principais pontos da Lei, em especial à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações pela *internet*. No seu art. 3º, II e III, o Marco Civil destaca como princípios a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, o texto ainda assegura como direito do usuário a inviolabilidade e o direito de remoção de dados por solicitação direta ao provedor.

Quando a pessoa descobre que houve o compartilhamento na internet de imagens pessoais de conteúdo íntimo, a pessoa exposta pode recorrer aos meios legais para se sentir protegida. O primeiro deles é registrar um Boletim de Ocorrência e procurar um advogado para o ajuizamento de uma queixa-crime. Na área cível, pode-se ajuizar uma ação para pedir indenização pelos danos à honra causados pela divulgação indevida, é possível ainda adotar medidas junto aos provedores e sites de buscas para que as imagens sejam retiradas.

Segundo Andrade (2016, p.1), *"é bom ressaltar que qualquer pessoa que se sentir lesada ou tiver sua honra atingida por práticas semelhantes, ainda que não importem na imputação de crime, pode vir a pleitear indenização para a reparação de danos perante a esfera cível"*.

A divulgação nas mídias de internet de fotos, de materiais com conteúdo sexual sem o consentimento pode ser interpretado como crime pela Justiça, de acordo com várias leis. O ato pode ser classificado como difamação ou injúria.

2.3 Direito à imagem

No Brasil, o direito de imagem é disponível, podendo ser usado como forma de autorização do uso da imagem, porém é

direito inalienável, irrenunciável e intransmissível, sendo o uso indevido desta, não necessita de comprovação para que exista o dano moral.

O direito a imagem está sob a tutela do artigo 20 do Código Civil e expressa o seguinte:

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

Assim, na forma do dispositivo legal acima transcrito, a pessoa humana tem a garantia legal do resguardo quanto aos seus aspectos físicos e, a garantia da proibição de divulgação de sua imagem sem autorização prévia. Sob este contexto Cavalieri Filho, (2014, p.138) reafirma que:

[...] a imagem é um bem personalíssimo, emanção de uma pessoa, através da qual projeta-se, identifica se e individualiza se no meio social. É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes.

Com efeito, no que se refere aos direitos de personalidade, a da imagem ganha destaque especial frente aos outros, por um aspecto ímpar, o da disponibilidade. Pois, assegura que esse direito somente poderá ser utilizado por terceiro, se houver o consentimento expresso ou tácito do outro.

2.4 Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento cria conflito entre valores que são de forma igualitária defendidos na Constituição Federal de 1988. De

um lado, existe o direito ao esquecimento, que tem sua origem na decorrência dos direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Do outro lado vê-se o direito a liberdade de imprensa, como projeção das liberdades de informação e de manifestação do livre pensamento.

Para Bobbio (2004, p.5):

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

No entanto, esse uso excessivo da liberdade de expressão que prejudica a liberdade de terceiros não está protegido pelo direito fundamental. Isso corrobora com o pensamento de CAVALIERI FILHO (2014, p.144) que diz: “[...] e o direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma idéia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica. A liberdade de expressão nada tem a ver com fatos, com acontecimentos ou com dados ocorridos.”

Diante do paradoxo apresentado, e para melhor compreensão da complexidade do tema, comporta-nos transcrever a indagação de Santos Neto (2016, p.137):

[...] a dignidade da pessoa humana é o vetor mestre a ser observada na interpretação dos direitos fundamentais, então qual leitura se faz pertinente, no contexto da sociedade hiperinformada, dos direitos de liberdade de expressão e à informação para que o seu uso legítimo seja concomitante com os direitos de personalidade? (SANTOS NETO, 2016, p. 37).

Ressalta-se nesse ínterim que mesmo diante o direito de livre expressão o direito do cidadão a preservação de sua imagem, honra, dignidade está acima do direito de informar e expressar o pensamento como já foi dito anteriormente.

Com efeito, o direito ao esquecimento que está assegurado de forma indistinta tanto para o ofensor como para o ofendido, não alcança o caso mesmo depois de passados vários anos do ocorrido e que tenha entrado para o domínio público.

Dessa forma, seria impraticável a atividade de informar a sociedade sobre casos de crimes sem citar e retratar a vítima e o agressor.

Nesse diapasão, comporta-nos registrar um caso emblemático que ilustra bem essa celeuma jurídica, que se deu com a abordagem em programa televisivo de um caso policial ocorrido em 1958, no Estado do Rio de Janeiro, conhecido como o caso Aida Curi (Paiva). Nesse caso em que a família ação de reparação de danos à imagem, morais e materiais, com a alegação de que a emissora teria “reaberto feridas”, a Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) decidiu:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA.

HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATOS, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO.

RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA.

ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL.

VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

(...)

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que

se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera.

Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

(...)

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido. (REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013).

No referido julgado o Superior Tribunal de Justiça corroborou com a relativização do direito ao esquecimento quando necessário ao amplo exercício da livre expressão e informação.

Com efeito, o direito à liberdade de expressão e informação encontra-se positivado na Constituição Federal em seu Art. 120, pelo

qual: “a *manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*” (BRASIL, 1988).

Para além dessa garantia constitucional, o que se pode afirmar é que o direito ao esquecimento também tem tutela constitucional, quanto a proteção à privacidade e como já referido anteriormente, está positivado no artigo 1º, inciso III, Artigo 5º, X da Constituição Federal, como forma de assegurar-se e preservar-se os direitos individuais, através da tutela da pessoa humana frente às forças do Estado que na maior parte se configura como o ente mais forte quando da exposição de informações nos meios de comunicação, o que fomenta a controvérsia do tema.

3 A exposição na internet

A exposição exagerada de informações em perfis de redes sociais tem sido a nova ferramenta daqueles que utilizam a internet para cometer seus crimes. Essas pessoas mal-intencionadas conseguem com facilidade identificar os lugares que os usuários costumam frequentar, dados sobre a família e amigos, entre outras informações que colocam sua segurança em risco.

Não é de hoje que o excesso de exposição na internet envolve crianças, jovens e adolescentes, contribuindo significativamente para o aumento, nos últimos anos, no número de golpes e assédios relacionados às redes sociais. (MEDEIROS, 2015)

Ressalta-se que a ausência de autorização para reprodução fotográfica da imagem na internet sem consentimento da vontade do exposto, gera por si só, um dano moral, uma vez que essa violação torna-se um incômodo a personalidade, à honra, à intimidade e viola até mesmo a identidade pessoal.

3.1 Amplitude

A revolução tecnológica que vem ocorrendo desde a segunda metade do século XX trouxe junto à internet com toda sua capacidade revolucionária de comunicação. Um exemplo são as redes sociais, que além de ser uma fonte de informação dinâmica e de baixo custo, são utilizadas por muitas pessoas como forma de emprego. É possível se expressar por meio das redes sociais de forma muito mais arrojada se alcançando um número de pessoas muito maior do que seria possível em ciclos sociais físicos. (PROJETO REDAÇÃO, 2016)

A superexposição nas redes sociais acessíveis na internet tem sido um problema bastante discutido na sociedade. Por um lado, há aqueles que defendem a exposição via internet como promoção da imagem pessoal e como forma de obter renda utilizando-se das mídias e, por outro lado, há os que defendem que a privacidade deve ser mais importante.

É certo que há aqueles que abusam do bom senso na utilização das redes sociais e se expõem a riscos desnecessários. Como, por exemplo, publicar tudo o que acontece na rotina. Sucede que isso pode trazer prejuízos para o relacionamento, o trabalho e até a integridade física da pessoa. Atualmente existem cada vez mais pessoas especializadas em criar perfis de usuário falsos (fake) por meio de páginas já existentes nas redes sociais.

Ademais, mesmo sem a permissão direta ou indireta do interessado, é fato inegável que também existem alguns golpes, principalmente associado ao uso da internet com a exposição de arquivos maliciosos que podem ainda capturar imagens de sua webcam por exemplo. Além disso, hoje qualquer um tem um celular com câmera, imagens podem ser gravadas sem autorização e publicadas na internet sem conhecimento ou que sequer se saiba.

Há casos que as imagens reais publicadas nas redes sociais são usadas para fins indevidos, podendo ser adulteradas por criminosos, de modo a parecerem fotos íntimas, por exemplo, pegam fotos de

uma mulher de biquíni e transformam em uma foto onde ela aparece nua ou até mesmo transformar a paisagem da foto, as pessoas que estavam na original.

Segundo Peres (2014, p-1) “*Existem experts de manipulação de imagens que podem transformar uma foto comum em uma situação constrangedora.*” Em muitos casos essas imagens originais ou manipuladas são usadas como forma de ameaçar as pessoas envolvidas, registrando o autor que a grande parte dos que ameaçam são pessoas próximas, ou até mesmo conhecidas das potenciais vítimas.

Registra também Peres (2014) que existe também casos de envio de imagens sensuais por meio de aplicativos de telefones ou de redes sociais, quem em sua grande maioria requer uma relação de confiança, onde a vítima tem a intenção de que essas imagens sejam apenas vistas por uma determinada pessoa e em nenhum momento acredita que possa haver a exposição por envio das mídias, sem autorização da vítima.

Apesar de muitos exemplos dramáticos divulgados na mídia, ainda existem muitas mulheres que sofrem por terem conteúdo íntimo divulgado na internet. Esse número de “*nudes*” e vingança pornográfica, por meio de compartilhamento em sites e aplicativos de smartphone, nos últimos dois anos mais que dobrou no Brasil. (TOMAZ, 2014)

Segundo Tomaz (2014), a Organização não Governamental (ONG) *Safernet Brasil*, entidade que monitora crimes e violações dos direitos humanos na internet, divulga dados de seus levantamentos feitos em parceria com a Polícia Federal e o Ministério Público e afirma que no ano de 2012 foram registrados 48 casos de vítimas. Em 2013 foram 101 casos de novas vítimas desses crimes. Os números estão crescendo a cada ano de forma exponencial.

Segundo a ONG *Safernet*, os jovens e adolescentes são as maiores vítimas da internet por encontrarem uma nova maneira de expressar sua sexualidade nos smartphones. Tornando o *nude selfie* e o *sexting* uma nova cultura. “*O 'selfie' com nudez é mais um jogo*

sexual, em uma fase de descobertas que sempre aconteceu na adolescência. Para muitas, é uma prova de cumplicidade e intimidade com o parceiro". (CUNHA, 2014, p.1)

Um dos grandes problemas das redes sociais é a dimensão da exposição, que é ampliada a tamanho ilimitado, podendo se propagar com rapidez em um pequeno espaço de tempo a níveis exorbitantes, essa prática de compartilhamento uma vez na rede, perde-se completamente o controle da foto ou do vídeo íntimo ou outra coisa que se publique.

3.2 Ausência de controle dos provedores de serviço de internet

Os provedores de serviço de internet são os fornecedores serviços ligados ao funcionamento da rede mundial de computadores, ou por meio dela. Observa-se que, a responsabilidade dos provedores de serviços e dos provedores de conteúdo quanto aos atos praticados pelos seus próprios titulares e por terceiros no exercício do seu direito à liberdade de expressão na rede.

Neste aspecto a Ministra Nancy Andrigui em julgamento sobre o assunto no Supremo Tribunal de Justiça, relatou:

DIREITO CIVIL. INTERNET. BLOGS. NATUREZA DA ATIVIDADE. INSERÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA. RESPONSABILIDADE DE QUE MANTÉM E EDITA O BLOG. EXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 221 DA SÚMULA/STJ. APLICABILIDADE. 1. A atividade desenvolvida em um blog pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no blog por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do blog. 2. Nos termos do enunciado nº 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação. 3. O enunciado nº 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém blog exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no site de matérias

ou artigos potencialmente danosos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ - REsp: 1381610 RS 2013/0061353-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 12/09/2013).

Ocorre que, em absoluto, a atividade própria destes provedores consiste na disponibilização na rede das informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, em uma plataforma própria onde também se permite que seus usuários criem informações segundo seus próprios interesses, dos seus grupos ou comunidades, através de “posts” que podem ser criados e compartilhados de forma instantânea.

A principal característica destes serviços é a inexistência de qualquer espécie de controle, sem censura prévia por parte dos seus administradores. Este controle, aliás, se exercido, inviabilizaria o próprio serviço disponibilizado pelo provedor aos seus usuários.

A responsabilidade de controle e censura do conteúdo que disponibilizado pelos próprios usuários destes provedores, passa a ser exigível, a partir do momento em que o seu administrador é notificado, ainda que extrajudicialmente, da existência de algo ilícito disponibilizado em sua plataforma, e continuar inerte, contribuindo, para que o ato ilícito praticado tome maior visibilidade, podendo ser responsabilizado civilmente em caráter solidário.

Quando solicitada a retirada do conteúdo de forma judicial e não sendo realizado a tempo e modo o controle repressivo por parte do provedor, e sendo o conteúdo divulgado pelo terceiro ofensivo à honra, à intimidade ou à vida privada de outrem, dá-se, então, a responsabilidade subjetiva do provedor de conteúdo. Essa é a interpretação dada pela legislação com relação ao crime de publicação de conteúdo que venha a prejudicar a personalidade dos usuários da internet.

3.3 Alguns mecanismos que apontam soluções ou minorações para o problema

Especialistas na área de Tecnologia da Informação (TI) mantêm na Rede de Computadores vários sites com dicas para evitar que seus dados particulares' como fotos, vídeos e texto sejam vazados de forma descontextualizada, causando transtornos sociais a vítima desse crime. (IKEDA, 2014)

Como sugestão, o site da UOL sugere que se evite produzir fotos de si mesmo em situações de intimidades. Além de cuidar dos dados online como se cuida da carteira, da bolsa. Fazer check-list dos cuidados básicos de segurança; usar ferramentas de criptografia; evitar assistência técnicas que não são de confiança e por fim não confiar em redes wi-fi públicas. Essas observações não garantirão que não se terá conteúdo privados “vazados” na internet, porém, ajudam a evitar danos maiores aos usuários da rede. (IKEDA, 2014)

Sobre esse assunto a Artigo 19 (2016, p.20) orienta que:

As pessoas podem utilizar os mecanismos disponíveis sob os termos e condições de provedores da Internet. Por exemplo, a maioria das plataformas de mídia social permite que os usuários sinalizem conteúdo abusivo ou prejudicial, que, em seguida, pode ser removido, seguindo um processo interno.

A rede mundial de computadores já está configurada como um item de necessidade dentro das normas de vida de quase todos os povos da Terra e é um poderoso recurso à disposição da humanidade. Diante da sua grande massa de recursos, se cobram muitas responsabilidades para se bem utilizar essa ferramenta.

Auxiliando as pessoas se encontram disponíveis aplicativos que ajudam no combate a prática criminosa do *revenge porn*, a saber:

3.4 Aplicativo Vazow

Trata-se de um aplicativo que coloca à disposição de usuários de redes sociais em caso de “vazamento” de suas imagens em momentos íntimos, conhecidas como *nudes*. Essa ferramenta auxilia na chamada “vingança pornô” que acontece quando um casal troca imagens íntimas e após o fim do relacionamento um dos integrantes da relação ou ambos vazam propositadamente as suas imagens configurando assim um crime que é punível através da legislação.

Esse aplicativo foi criado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Piauí e está disponível para uso gratuito. “*possui uma coleção detalhada de procedimentos e outras orientações, com foco especial na exclusão de conteúdo íntimo divulgado em redes sociais e sites diversos*”. (SSP-PI, 2016)

Essa ferramenta foi desenvolvida em conjunto por profissionais da segurança e da área jurídica que durante as suas práticas profissionais se deparam com frequência com casos dessa natureza. O aplicativo é gratuito, disponível para o sistema operacional *Android*, possui ainda função de excluir qualquer conteúdo compartilhado em redes sociais mesmo depois de ocorrer o vazamento proposital.

3.5 Aplicativo Transbox

Esse aplicativo está disponível e com ele é possível enviar ou receber qualquer conteúdo de maneira confidencial. Apenas quem envia e seu destinatário pode acessar a informação compartilhada. Se houver “vingança pornô” já se saberá qual dos dois praticou o crime. No entanto, esse aplicativo possui ferramentas que possibilita excluir qualquer conteúdo mesmo depois de compartilhado. Esse aplicativo utiliza um conjunto de chaves que precisam estar sincronizadas e autorizadas para que o conteúdo possa ser compartilhado, assim:

Além de criptografar e descriptografar, o Transbox oferece a opção de sincronizar chaves que protegem totalmente os direitos de acesso aos arquivos dos usuários. Por ter sido desenvolvido como um serviço de controle de dados e de plataformas, os usuários conseguem rastrear e destruir seus dados sem grandes impedimentos, mesmo quando eles já foram enviados. Seja qual for o serviço utilizado (e-mail, bate-papo ou redes sociais), sempre é possível controlar a informação. (DINO DIVULGADOR DE NOTÍCIAS, 2017)

Apresenta ainda a identificação de todos os que compartilharam desautorizadamente conteúdos privados.

É cediço que o planeta está globalmente digital, essa é uma realidade inegável e não se pode fugir a ela. As pessoas se comunicam através de muitos dados que são compartilhados, facilitando em muitos casos, os “vazamentos” das suas informações privadas. Com esses e outros aplicativos o ambiente virtual pode se tornar mais seguro.

4 Conclusão

Do estudo, constatou-se que:

Existe ampla literatura sobre o cometimento do crime e o dever de indenização cível quanto a divulgação de dados pessoais sem prévia autorização haja vista que a era digital impõe interpretação variada dos instrumentos jurídicos visando às variadas situações e atores que se envolvem nessa contenda.

Inevitavelmente todos alegarão direitos, mesmo que esses direitos venham a ferir o direito à privacidade, preservação de dados pessoais e outros itens que podem prejudicar a proteção da pessoa humana, porém, existe em contrapartida o uso abusivo pelo próprio tutelado na exposição exagerada de dados em redes sociais, fornecendo dados em páginas de internet sem um mínimo controle.

A tutela jurídica a personalidade que por acontecimento de um crime, teve seus dados exposto na rede mundial de

computadores e que necessita de proteção do direito ao esquecimento é juridicamente possível. Contudo, a aplicação é relativizada pelo Superior Tribunal de Justiça, que alega ponderação a partir de cada caso ou situação fática, chegando por vezes a não reconhecer o direito ao esquecimento.

O aplicativo *Transbox* abre precedentes para uma nova forma de comunicação segura, sendo uma forma de prevenção, como apresenta ferramentas que torna os dados e as informações compartilhadas protegidas de possível acesso de terceiros, podendo evitar a exposição, vem sendo a solução para a grande problemática do vazamento de imagens e vídeos íntimos e trazendo uma opção segura (*criptografia*) para quem deseja compartilhar com uma determinada pessoa essas imagens de forma protegida.

Com efeito, o *app Vazow*, vem como uma forma de remediar o problema, quando já ocorreu a divulgação das imagens ele entra como um atenuante, sendo possível diminuir ou até mesmo extinguir a propagação. O *Vazow* por ser um dos pioneiros no Brasil, se apresenta como uma forma de solução dos malefícios do vazamento de imagens íntimas.

Não há de se falar em falta de legislação para coibir o crime ora estudado nesse ensaio científico. Mas, é preciso cobrar ações estatais com aplicação de penas aos infratores, garantias dos direitos ao esquecimento e o de imagem e outros direitos que a pessoa humana tem para ver garantido a sua honra, intimidade e privacidade em toda a sua integridade.

Esse avanço, contudo, exige política de educação digital ao usuário, para que o uso do ambiente virtual aconteça de forma segura e sem sobressaltos que venham prejudica-los como pessoas detentoras de direitos, inclusive, do direito ao acesso digital garantido pelo Estado.

Referências

- ARTIGO 19. Direito ao esquecimento: lembrando da liberdade de expressão. São Paulo, 2016. Versão online. Disponível em: <<http://artigo19.org/blog/2016/08/10/direito-ao-esquecimento-lembrando-da-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.381.610, da 3º Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, 12 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24165182/recurso-especial-resp-1381610-rs-2013-0061353-6-stj/inteiro-teor-24165183>>. Acesso em: 26 mai. 2017
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1334097, da 4º Turma do Supremo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 28 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271334097%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271334097%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271334097%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271334097%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 26 mai. 2017.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. ed. Elsevier, Nova ed. 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- DINO. **Transbox**: aplicativo de criptografia evita vazamento de conversas e apaga mensagens após o envio. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae.transbox-aplicativo-de-criptografia-evita-vazamento-de-conversas-e-apaga-mensagens-apos-o-envio,70001656119>>. Acesso em: 08 mai. 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: Teoria geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral, 2. ed. São Paulo: Método, 2012.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

IKEDA, Ana. Marco Civil quer exclusão rápida de vingança pornô, mas não determina prazo. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/26/marco-civil-quer-exclusao-rapida-de-vinganca-porno-mas-nao-determina-prazo.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

MEDEIROS, Janaina. Quando a exposição na internet passa do limite. Disponível em: <<http://www.universal.org/noticia/2015/07/12/quando-a-exposicao-na-internet-passa-do-limite-33568.html>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIVA. Bruno César Ribeiro de. **O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1202>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

PERES, Fernando. Evitando a exposição íntima na internet. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/direito-e-tecnologia/evitando-a-exposicao-intima-na-internet/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

PROJETO REDAÇÃO. Exposição nas redes sociais: oportunidades e desafios. Disponível em: <<http://www.projetoedacao.com.br/temas-de-redacao/572ff00dc59610000300023e/exposicao-nas-redes-sociais-oportunidades-e-desafios/28926>>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

SANTOS NETO, Antonio Tavares dos. **O direito ao esquecimento: uma Exigência Contemporânea**. Brasília: UNB, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10796/1/2015_AntonioTavare-sdosSantosNeto.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2017.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6. ed Salvador: Juspodivm, 2016

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ (SSP-PI). Disponível em: <<http://www.ssp.pi.gov.br/noticia.php?id=2875&pes=vazow>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

TOMAZ, Kleber. Vítimas de 'nude selfie' e 'sexting' na internet dobram no Brasil, diz ONG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/vitimas-de-nude-selfie-e-sexting-na-internet-dobram-no-brasil-diz-ong.html>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

O instituto da estabilização da tutela provisória no novo código de processo civil

Aurélio Lobão Lopes¹

Cláudia Lyssia da Silva Moura²

1 Introdução

Uma das grandes dificuldades enfrentadas no ordenamento jurídico brasileiro é a morosidade na marcha processual e, conseqüentemente, o seu reflexo no alcance da tutela jurisdicional pretendida, pondo em dúvida a efetividade da atuação do Poder Judiciário.

Enquanto tramitava na comissão de juristas do senado federal, responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil, a qual foi presidida pelo Ministro Luiz Fux, a idéia norteadora do referido códex era a busca da efetividade da prestação jurisdicional brasileira com a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, visando um grau mais intenso de funcionalidade.

Em seu Projeto de Código de Processo Civil, encampou-se o instituto da possibilidade da tutela antecipada ser estabilizada, com o objetivo de tentar amenizar a morosidade jurisdicional, distribuindo o ônus do tempo do processo entre as partes envolvidas

¹ Mestre em Direito

² Advogada

na demanda, trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

As decisões tomadas com base na sumariedade de cognição, com a conseqüente limitação do princípio do contraditório, permite que sejam tomadas decisões antes do pleno exercício do direito ao contraditório, devendo tal decisão, antes de ser proferida, ter sua análise e aplicação no caso concreto.

A tutela provisória está pautada no respeito à efetividade da jurisdição, devendo erradicar as desigualdades materiais, permitindo um processo de resultados, com uma duração razoável, repartindo o ônus do tempo no processo entre as partes demandante, ou seja, trata-se de um verdadeiro respeito ao princípio do devido processo legal, obedecendo à garantia constitucional da duração razoável do processo, garantindo um processo justo e uma tutela efetiva e adequada.

Assim, a estabilização da tutela antecipada não traz qualquer inconstitucionalidade, sendo que sua sumarização não viola o princípio do contraditório e muito menos o da ampla defesa, tal instituto consagra a garantia constitucional da duração razoável do processo, mitigando o princípio do contraditório e tornando efetivas outras garantias constitucionais, tais como o devido processo legal e a efetividade jurisdicional, observando que a estabilização da tutela antecipada deve ser entendida como constitucional, devendo esta ser analisada com base na sua conveniência, propiciando ao autor o bem da vida de maneira efetiva e célere conforme o respeito da duração razoável do processo.

2 Tutela jurisdicional, atividade judicial e prestação jurisdicional

A jurisdição é a manifestação do poder estatal atribuído a sujeito imparcial, tendo em vista que esta se fundamenta nos valores sociais, políticos e jurídicos conferidos ao Estado para realizar o direito de forma imperativa, protegendo as situações jurídicas.

Segundo Marinoni (2016, pag. 55 e 56) a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a norma de direito material, a qual deve traduzir – pois deve estar de acordo com os fins do Estado – as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas.

A jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição, ou seja, um terceiro imparcial investido nos poderes do Estado no qual irá substituir a vontade das partes para a solução da demanda ali apresentada.

Conforme os ditames de Didier (2014, pag.104) “A jurisdição é manifestação de um Poder e, portanto, impõe-se imperativamente, aplicando o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional”.

Quando ocorrer violação de direito, mediante lesão ou ameaça, conforme o salienta o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.

Entende-se que a jurisdição é a atuação do Estado visando à aplicação do direito ao caso concreto, resolvendo de forma definitiva uma crise jurídica gerando esta paz social. Segundo ensinamentos de Grinover (2014. p.149) “funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual este substitui aos titulares dos interesses em conflito para, judicialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.

O Estado desempenhará essa função sempre mediante o processo, de modo que este poderá ser chamado ou provocado, para desempenhar sua função jurisdicional perante a ordem jurídica substancial (direito objetivo) buscando a realização de forma impositiva das normas aplicadas nos casos concretos objetivando a pacificação social.

Conforme lições de Grinover (2014. pag.149).

[...] a jurisdição é o mesmo *poder, função e atividade*. Como poder, é a manifestação do *poder* estatal, conceituando como capacidade

de decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que tem os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhes comete.

A atuação do Estado para a tutela jurisdicional se dará por meio de um processo para a solução dos conflitos respeitando-se o devido processo legal, para que se tenha a proteção prestada do Estado do direito material lesado tendo em vista a proteção e satisfação do direito ou o do bem da vida, a tutela desses direitos dá-se através de provimento judicial da tutela de conhecimento, ou pela sua efetivação, através da tutela executiva, ou pela sua proteção, por meio da tutela cautelar inibitória.

Conforme Neves (2015, pag. 47) “A tutela jurisdicional é dividida em duas espécies: tutela preventiva (tradicionalmente chamada de inibitória) e tutela reparatória (ressarcitória)”. A tutela inibitória está voltada para o futuro, ou seja, tem por objetivo evitar a prática de ato ilícito, por vez a tutela reparatória está voltada sempre para o passado, buscando a reparação do dano que foi causado.

A prestação jurisdicional consiste no exercício do serviço judiciário, sendo que este se instrumentaliza por meio do processo para a solução da demanda ali apresentada. O exercício do poder do Estado será dividido e distribuído entre os órgãos e seus agentes segundo critérios funcionais.

Segundo ensinamentos de Grinover (2014, pag. 178):

O Poder Judiciário é uno, assim como uma é sua função precípua – a jurisdição –, por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade. Por outro lado, a eficácia espacial da lei a ser aplicada pelo Judiciário deve coincidir em princípio com os limites espaciais da competência deste, em obediência ao princípio *uma lex, una jurisdictio*. Daí decorre a unidade funcional do Poder Judiciário.

O Brasil adota a jurisdição una, ou seja, toda jurisdição será exercida pelo Poder Judiciário a quem será confiada à tutela dos direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público, que tem a função de efetivar os direitos e garantias inscritos na Constituição. A tutela jurisdicional não se restringe apenas ao devido processo constitucional, que será o instrumento para a solução de conflitos aplicando o direito ao caso concreto, esse processo para a realização do direito material deverá viabilizar uma tutela célere e efetiva, adequada e eficaz para a propositura do bem da vida.

Assim a jurisdição é a função estatal para solucionar as demandas ali apresentadas através do processo, sendo que este deverá aplicar o direito no caso concreto para a aplicação correta da jurisdição.

3 Cognição jurisdicional

A cognição é entendida como um ato de analisar e valorar as ações e as provas produzidas pelas partes, ou seja, as questões de fato e de direito que são levantadas no processo, cujo magistrado deverá ter acesso e resolver as questões que lhe são postas para apreciação.

Ao realizar a prestação jurisdicional, o julgador decidirá com base numa cognição sumária ou exauriente, podendo ser fundada em um juízo de probabilidade, como no primeiro caso, onde o juiz não terá acesso a todas as informações necessárias no processo para se convencer da existência do direito, já a cognição exauriente estará fundada em um juízo de certeza, nesse caso, no momento de sua decisão, o juiz estará com a sua cognição completa.

Conforme Neves (2015, pag.55) “cognição sumária- juízo de probabilidade” e “cognição exauriente - juízo de certeza” geram diferentes espécies de tutela jurisdicional: provisória no primeiro caso e definitiva no segundo.”

A cognição sumária será permitida em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência do direito pleiteado, na cognição sumária tem como finalidade assegurar e viabilizar a realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente ou realizar antecipadamente um direito, sendo esta caracterizada pela a inviabilidade da produção da coisa julgada.

Segundo lições de Ribeiro (2016, pag. 80):

[...] no âmbito das tutelas proferidas com base em cognição sumária reside na afirmação, em sede doutrinária, que tais decisões não ficam acobertadas pela autoridade da coisa julgada material. Afirma-se isso porque tais decisões não se pautam na certeza, mas sim na mera aparência da existência do direito.

Todas as liminares, tutela antecipada, tutela cautelar e de evidência são fundadas em cognição sumária em razão dos requisitos necessários para a sua concessão, a urgência e a probabilidade do direito, visto que não haja tempo suficiente para uma cognição exauriente, devendo o juiz decidir com base em um juízo de probabilidade.

A cognição sumária orienta-se no juízo de probabilidade e verossimilhança, onde tais decisões limitam-se ao provável, e por isso mesmo são decisões provisórias, ou seja, podem sofrer alteração a qualquer tempo. Tem como objetivo proporcionar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente ou realizar de forma antecipada um direito.

A cognição exauriente será formada pelo juízo de certeza, as questões serão conhecidas pelo magistrado, em respeito pleno ao contraditório, com a análise dos fatos e provas constantes no processo de forma completa no momento da prolação de sua decisão, não se observando apenas a mera probabilidade do direito. A tutela de cognição exauriente, ao contrário da sumária, é apta para a produção da coisa julgada material.

4 Disposições gerais acerca da tutela provisória

O novo Código de Processo Civil (CPC) em seu livro V da parte geral consagrou as espécies de tutela provisória, dentre as quais se encontram as tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e a tutela de evidência.

A tutela provisória de urgência sendo gênero, tendo como suas espécies a cautelar e antecipada, estão essencialmente voltadas para afastar o *periculum in mora*, mediante a apresentação da probabilidade do direito “*fumus boni iuris*”, ou seja, para evitar um prejuízo grave ou irreparável do direito material enquanto dura o processo.

De acordo com o art. 294, parágrafo único do CPC, tratando-se tão somente da tutela de urgência, dispõe que ambas podem ser concedidas em caráter antecedente e incidental, observando-se que o atual Código adotou um procedimento único para as tutelas de urgência.

Ambas as formas de tutelas são concedidas através de procedimento sumário, serão revogáveis a qualquer tempo, conforme preleciona o art. 296 do CPC, tendo ambas o objetivo de resguardar o direito material dos infortúnios do tempo no processo, mesmo que ambas tenham técnicas diferenciáveis, observando que a tutela cautelar protege o bem para ser satisfeito, enquanto a antecipada satisfaz para proteger.

Com o atual Código, não se tem mais a separação formal entre tutela cautelar e tutela antecipada, passando as duas a receber o mesmo tratamento devendo observar as providências a serem tomadas, levando em conta os elementos que justifiquem os fundamentos e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela

satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.

O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória, observando-se este as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber, conforme salienta o art. 297 e seu parágrafo único do CPC. Como se vê o poder geral de cautela do juiz foi mantido no atual Código, tanto no art. 297, como no art. 301, em que será permitido a atuação do juiz quando se estiver presente hipóteses de lesão ou ameaça de lesão, deixando a sua disposição instrumentos necessários para permitir medidas que sejam adequadas e necessárias para a proteção do bem da vida, eliminando de perigo de dano ou de ameaça a que esteja presente.

A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal, conforme exposto no art. 299, do CPC, neste caso será definido a regra de competência, observando-se que o artigo dita duas regras para o requerimento da tutela provisória, a primeira trata-se de pedido antecedente e a segunda incidental, ou seja, a competência conforme a regra sempre será o juízo que conhecer do pedido principal, independentemente de este já ter sido feito ou não, a regra se efetivará por meio da prevenção, observando o parágrafo único do mesmo artigo, a ação de competência originária de tribunal será requerida ao órgão competente para apreciar o pedido principal.

Conforme o art. 300 do CPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo

A regra apresentada no art. 300, § 1º aplica-se tanto na tutela cautelar como na tutela antecipada, prevendo a possibilidade da exigência de caução para a concessão da tutela de urgência, será uma prestação de contracautela, devendo o juiz observar o caso concreto,

ou seja, quando este estiver em dúvida a respeito da concessão da tutela quando houver perigo de irreversibilidade.

Essa caução pode ser real ou fidejussória, desde que capaz para ressarcir os danos suportados pela a parte diversa, devendo ser suficiente para satisfazer eventual prejuízo que a parte venha sofrer, desempenhando esta uma forma de garantia, no entanto, sendo esta dispensada quando a parte for economicamente hipossuficiente.

O §3º do art. 300 do CPC trata da irreversibilidade da tutela jurisdicional, onde se exige para a concessão de uma tutela de urgência de natureza antecipada que a mesma, ao ser concedida não pode haver perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, essa decisão fica fundada nos fatos apresentados. Como a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não seria admissível que esta fosse irrevogável.

Neste caso deve-se ocorrer um juízo de admissibilidade, pois poderá ocorrer conflitos de direitos, devendo o juiz decidir conforme o princípio da proporcionalidade quando se estiver presente direito indisponível do autor, observa-se ensinamentos de Neves (2015, pag. 444) “quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal.”

Como dispõe o art. 302 do CPC, por ser a tutela provisória fundada em cognição sumária, o requerente independentemente da reparação por dano processual responde de forma objetiva pelo prejuízo da efetivação da tutela de urgência causar a parte adversa, nos casos em que a sentença for desfavorável para a parte adversa, quando obtida liminarmente, não fornecer meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 dias, quando ocorrer a cessação da eficácia da medida e quando o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Assim, independentemente da responsabilidade do dano processual a parte adversa, sendo esta responsabilidade objetiva,

responde o requerente pela a lesão indevidamente ocasionada, devendo a indenização ser liquidada nos mesmos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível, conforme estabelece o parágrafo único do art. 302 do CPC.

A tutela provisória pressupõe também a evidência do perigo de dano, ou perigo na demora no oferecimento da prestação jurisdicional.

Conforme Didier (2016, pag. 610) “O perigo na demora é definido pelo legislador como o perigo que a demora processual representa de “dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300)”.

A tutela de evidência está disciplinada no art. 311 do CPC de 2015, o tema ganhou importância no novo Código, sendo que esta era disciplinada de forma espalhada no CPC/73. Conforme o art. 311, caput, a tutela de evidência consagra de forma expressa que era concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mostrando clara a diferenciação com a tutela de urgência.

Será cabível a tutela de evidência nas seguintes hipóteses conforme art. 311, CPC/15:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. (BRASIL, 2015).

Conforme o art. 294, parágrafo único do CPC/2015, a tutela de evidência não pode ser concedida de forma antecedente, podendo esta ser pedida apenas de forma incidental, exceto nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, nos casos em que as alegações de fato

puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula e se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Nesse sentido, trata-se de uma tutela provisória, não de urgência, sendo esta fundada exclusivamente na evidência do direito, não necessitando a demonstração do *periculum in mora*, conforme exposto no seu caput, sendo tal tutela concedida independentemente de demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

A busca da satisfação do direito com um julgamento seguro não pode redundar numa duração excessiva dos feitos judiciais, sob pena de ocasionar um mal maior do que aquele que visa evitar com um processo célere, quanto mais for demorado o processo, maior será o dano dele correspondente para a parte.

A técnica antecipatória é uma forma de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo civil, segundo ensinamentos de Marinoni (2016. pag.208):

A técnica antecipatória – é capaz de dar lugar às “tutelas provisórias” do legislador – tem justamente por **função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo**. Para tanto, fundamenta-se ora na urgência, ora na evidência do direito postulado em juízo (é por essa razão que o legislador se refere “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”, art. 294)” (grifo nosso).

Conforme o art. 296 a tutela provisória conserva a sua eficácia na pendência do processo principal, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Devido a tutela provisória ter na sua base a cognição sumária, podendo as partes a qualquer tempo trazer novos elementos para o

processo capaz de alterar a convicção judicial, ou seja, o simples reexame da matéria não será o suficiente para a revogação da tutela concedida de forma sumária, tendo em vista, que tal revogação se justificará a partir de novas circunstâncias, ou pelo advento da tutela definitiva.

5 Tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente

A tutela de urgência satisfativa antecedente é aquela requerida fora do processo onde se pretende pedir a tutela definitiva no intuito de adiantar os efeitos da decisão, faz-se necessário para que a tutela final seja eficiente.

O legislador prevê no atual CPC, para a sua concessão, um procedimento próprio, disciplinado no art. 303. A situação de urgência será contemporânea a propositura da ação, o autor se limitará na petição inicial em requerer a tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Segundo ensinamentos de Marinoni (2016. pag.223):

Requerendo expressamente o autor na petição inicial (art. 303, § 5º), nos casos em que a “urgência for contemporânea à propositura da ação” (art. 303, *caput*), a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar, do valor da causa como um todo (art. 303, § 4º) e do perigo na demora.

Concedida a tutela, segundo o art. 303, §1º do CPC o autor deverá aditar a petição inicial, complementando a sua alegação juntando novos documentos e o pedido de tutela final, respeitando o prazo de 15 dias ou em prazo maior se o juiz fixar. Aditada a petição, o autor deverá indicar o valor da causa, que será levada em

consideração o pedido de tutela final, sendo esta anexada nos próprios autos sem a incidência de novas custas processuais.

Com isto o juiz determinará a intimação ou a citação do réu para que cumpra a providência deferida a título de tutela antecipada e para que compareça à audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, CPC. Não havendo a autocomposição, como dispõe o art. 303, §1º, III, CPC, o prazo para contestação deverá ser contado na forma prevista no art. 335, CPC, prazo este de 15 dias.

Não concedida à tutela, por não haver elementos que evidenciem o preenchimento dos seus pressupostos, o juiz determinará a intimação do autor para que este adite a petição inicial no prazo de 5 dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito, este aditamento será necessário para que o autor complete a sua causa de pedir, conforme o art. 303, §6º, CPC..

Observa-se que o pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente será impugnável por meio de agravo de instrumento, conforme o art. 1.015, I, do CPC. Segundo ensinamentos de Neves (2015. pag. 447) “cabe ao agravante obter a concessão de efeito suspensivo para evitar a extinção do processo em primeiro grau, sendo evidente o risco que corre se não for atribuído ao recurso o efeito suspensivo.”

Não ocorrendo manifestação do da parte contrária por meio de agravo, o juízo deve intimar o autor para que este adite a inicial manifestando-se sobre a continuidade do processo para a concessão da tutela definitiva, ou se este esteja satisfeito com a tutela antecipada com seus efeitos estabilizados e por isso não se manifesta, ocorrerá a extinção do processo.

6 Estabilização da tutela de urgência satisfativa antecedente

Devido a grande morosidade no andamento dos processos e as consequências prejudiciais ao ordenamento jurídico e a inefetividade das decisões judiciais, permitiu-se uma mitigação do

princípio do contraditório com o objetivo de atenuar-se o efeito do tempo inimigo no processo.

A antecipação dos efeitos da tutela tem como tradicional condição a urgência, sendo este um procedimento sumário, procedendo de forma simplificada em relação ao procedimento ordinário.

Em 2010 foi nomeada uma Comissão de Juristas pelo Presidente do Senado Federal com vistas à elaboração do novo Código de Processo Civil, comissão essa presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça e em sua relatoria a jurista Arruda Alvim Wambier.

Como salienta Paim (2012. pag.154).

No projeto elaborado pela comissão de juristas, as tutelas de urgência, cautelares ou satisfativas, restaram unificadas, tendo sido previsto o instituto da estabilização da tutela de urgência, demonstrando-se, mais uma vez, o interesse da comunidade jurídica na viabilização de uma tutela provisória apta a regular, de fato, o litígio, de forma definitiva, sem, contudo, produzir coisa julgada material.

A tutela jurisdicional provisória, tendo como requisito o *periculum in mora*, é adotada de certa autonomia, no entendimento de Marinoni (2016), este chama de autonomização, no qual o legislador inovou ao tornar um procedimento autônomo o juízo de cognição sumária que leva a concessão dos efeitos antecipatórios da tutela.

Conforme o art. 303 a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar, o valor da causa e do perigo na demora.

Conforme Marinoni (2016) a tutela satisfativa do direito pode ser postulada mediante tutela antecipada antecedente, ficando por fora as tutelas cautelares e o pedido desta estará limitado à urgência à proposição da ação, ficando excluída a possibilidade de tutela

antecipada antecedente e estável nos casos de tutela de evidência, guardando certa semelhança com o sistema France, *référé*, em que a tutela antecipada antecedente está limitada aos casos de urgência.

O Código de Processo Civil, em sua exposição dos motivos, na parte das tutelas provisórias usou como influência o sistema *référé* francês.

Como expõe Marinoni, (2016. pag.226).

A disciplina do direito brasileiro encontra ao que tudo indica inspiração nos procedimentos “de *référé*” (arts. 485 a 492) e “*surrequêt*” (arts. 493 a 498) do direito francês e nos “*provvedimenti d’ urgenza*” com *strumentalità attenuata*” do direito italiano [...].

O que seria o *référé* Frances?

O *ordonnances référé* nasceu e se desenvolveu na jurisprudência dos tribunais franceses antes mesmo de ser expressamente reconhecido em lei. Trata-se de um processo cognitivo sumário, completamente autônomo e sem dependência de um processo principal. O objetivo do sistema *référé* não é uma composição definitiva do conflito e sim a sua estabilização. O procedimento se encerra no plano da emergência, com provimento independente de outro processo com a sua decisão desprovida da coisa julgada, o sistema é apenas um provimento provisório.

Nas palavras de Ribeiro (2016. pag. 182 - 183):

É digno de registro que o *référé* não necessariamente reclama o requisito da urgência, que pode ser dispensada em algumas hipóteses. Nesse contexto, merece destaque o *référé*-provision previsto no art.809, 2ª alínea, que prevê: “No caso de a existência da obrigação não ser seriamente contestável, pode ser concedida ao credor uma provisão, ou determinada a execução de uma obrigação, mesmo que trate de uma obrigação de fazer” Não se cogita aqui de urgência (*periculum in mora*), bastando a evidência, assim caracterizada pelo requisito do “descabimento de contestação séria” ao pedido do requerente, expressão que,

segundo Enrico A. Dani e Giovanni Mammonne, é equivalente ao *fumus boni iuris*.

Cabe salientar que o sistema *référé* Frances não faz coisa julgada, mas acaba assumindo uma forma de definitividade, se as partes não manifestarem interesse na instauração do processo definitivo.

Conforme o art. 303,§ 1^a, I, concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o ônus de aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final no prazo de 15 dias ou em outro prazo em que o juiz estabelecer, esse aditamento da inicial dar-se-à nos mesmos autos do processo, sem incidência de novas custas processuais, conforme estabelecido no art. 303,§3^o, sendo que se o aditamento não for realizado o processo será extinto sem resolução do mérito, art. 303,§2^o.

Realizado o aditamento da petição inicial, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação, não havendo a autocomposição, começará a fluir o prazo para a contestação, de acordo com o art. 335. O processo só prosseguirá rumo à audiência de conciliação e mediação se o réu interpuser agravo de instrumento contra a decisão que antecipou a tutela e se este não o fizer, a decisão torna-se estável e o processo será extinto, essa decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo, como estabelece o art. 304 e seus parágrafos.

Como exposto por Marinoni (2016. pág. 224 - 225):

[...]o juízo a respeito da tutela antecipada permanece proceduralmente autônomo e a decisão provisória torna-se estável. Com isso, incentivado pela doutrina, o legislador logra seu intento de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada. (grifo nosso).

Não tendo o réu se manifestado pelo exaurimento da cognição, qualquer das partes poderá dentro do prazo de dois anos

propor ação visando exaurir a cognição, com o objetivo de analisar a ação antecipada antecedente, neste caso o legislador se utilizou da técnica da inversão da iniciativa para o debate, que se apóia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado, neste caso, a petição inicial da ação sumária tem de ser desarquivada para instruir a ação exauriente.

De acordo com o §6º do art. 304, do CPC “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes nos termos do §2º deste artigo.” O legislador estabelece que a decisão não faça coisa julgada, apenas estabilizará os efeitos da tutela requerida, porém seus efeitos não poderão ser afastados de nenhum modo se depois de dois anos não for proposta ação para revê o exaurimento da cognição.

Conforme pensamentos de Didier (2016) a estabilização da tutela antecipada é uma generalização da técnica monitória para situação de urgência e para a tutela satisfativa, sendo que esta viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

A antecipação dos efeitos da tutela necessita de uma estabilidade, devendo sua revogabilidade, consequência desta, ser condicionada a alteração da situação fática existente durante a prolação da decisão. O objetivo fundamental dessa espécie de tutela é a proteção jurisdicional provisória com vistas a estabelecer uma forma de segurança em face da situação de perigo.

Segundo Didier (2016. pag.618), “os objetivos da estabilização são: i) afastar o perigo da demora com a tutela de urgência; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu”.

Como estabelece o art. 304 do CPC, caberá a estabilização da tutela apenas em caráter antecedente, somente esta tem aptidão para estabilizar-se, dessa forma o autor deverá indicar na petição inicial de forma expressa sua pretensão ao benefício da estabilização, como dispõe o art. 303, §5º CPC. No entanto se o autor tiver a intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela

definitiva, independente de manifestação do réu, o autor deverá declarar de forma expressa na sua petição inicial.

Didier (2016. pag. 620)

O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), subentende-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304.

Não será aceito que a admissão da opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial, sendo que o prazo para aditamento será de no mínimo de 15 dias ou outro prazo maior que o juiz fixar, segundo Didier (2016. pag.620), “Assim, se se admitisse manifestação do autor no prazo de aditamento, isso poderia prejudicar o réu [...]”.

Estabilizada os efeitos da concessão da tutela satisfativa antecedente, o processo será extinto, qualquer das partes poderá no prazo de dois anos, contado da decisão que extinguiu o processo, propor ação autônoma com pedido de revisão, conforme estabelece o art.304, § 2º e 5º do CPC.

O réu que se manteve inerte não poderá retomar a discussão, deflagrando nova demanda, nesta forma, Didier (2016. Pag. 624 - 625) entende que ocorreu uma mudança no regime jurídico das tutelas de urgência.

Aqui há uma mudança crucial no regime jurídico das tutelas de urgência.

Na vigência do CPC-1973, **o autor, ao obter uma tutela antecipada do seu direito já provável, carregava o ônus de dar início ou prosseguimento ao processo em busca da tutela definitiva.**

Com o CPC-2015, no caso da tutela provisória satisfativa antecedente, esse ônus é transferido para o réu. Isso porque o autor, ao obter uma tutela antecipada em caráter antecedente do

seu direito já provável, conta com a sua estabilização e consequente extinção do processo em caso de inércia do réu. **É o réu que assume o ônus de propor uma nova ação no intuito de rever a medida [...].** (grifo nosso).

Como estabelecido nas exposições de motivos para a criação do novo Código de Processo Civil, de início dita que são passos fundamentais a celeridade do Poder Judiciário, adotando medidas que agilizem a ação da Justiça, tornando mais efetivos vários aspectos pontuais da aplicação da justiça, tais como a aceleração processual e a efetividade do resultado da ação garantindo o respeito do devido processo legal.

7 Vedação a formação da coisa julgada

A estabilização dos efeitos da tutela satisfativa antecedente não se confunde com o fenômeno da coisa julgada.

Entende-se que não ocorreu o julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada, o juiz apenas concedeu a tutela provisória e diante da inércia do réu, este teve que determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória.

De acordo com os pensamentos de Câmara (2017, pag.306):

[...] nos termos do art.304, quando da decisão concessiva de tutela de urgência satisfativa antecedente não se interpõe recurso – há um grau maior de estabilidade, de modo que a decisão – que não é alcançada pela autoridade da coisa julgada, uma estabilidade ainda mais intensa (art. 304, §6º) – permanecerá eficaz e só poderá ser afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em processo autônomo [...]

Observa-se que concedida a tutela e não interposto o recurso para combater a decisão, esta irá se estabilizar a qual ocorrerá a extinção do processo sem resolução do mérito, permanecendo a decisão da tutela antecipatória de forma eficaz até que o processo

autônomo seja apresentado, o qual terá por objeto a revisão ou invalidação da tutela concedida, para que esta venha a ser cassada ou substituída.

Neste caso, ocorrerá a inversão do ônus de demandar, ou seja, caberá à parte contra quem a tutela antecipada estável produz efeitos o ônus de ajuizar a demanda para a revisão ou a invalidação dos efeitos da tutela concedida, sabendo que essa ação deverá ser proposta dentro do lapso temporal de dois anos.

A coisa julgada é uma situação jurídica que se relaciona exclusivamente com as decisões judiciais, somente uma decisão judicial poderá tornar indiscutível e imutável certa matéria pela a coisa julgada material, esta nada mais é do que a imutabilidade que qualifica a sentença de mérito não mais sujeita a recurso, ou seja, impede que sua decisão seja rediscutida posteriormente.

Trata-se de direito fundamental assegurado e protegido constitucionalmente (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal), é um instrumento que visa conferir a segurança jurídica naquilo em que foi decidido no contexto do processo civil.

Porém isso não quer dizer que toda decisão judicial não é passível de rediscussão, uma decisão pode sim ser cabível a interposição de recurso, em alguns casos como nas decisões interlocutórias, na qual caberá agravo de instrumento, como na sentença que será cabível o recurso de apelação. Porém ocorrem fatores em que tornarão as decisões irrecorríveis, assim, findo todos os recursos a decisão se tornará irrecorrível.

A irrecorribilidade é chamada de transito em julgado, conforme ensinamentos de Câmara (2017, pag.309), “Pode-se dizer que o trânsito em julgado é efeito da preclusão dos recursos (ou por terem sido todos usados, ou por ter decorrido o prazo sem que o recurso admissível tivesse sido interposto)”.

A coisa julgada material é extraprocessual, seus efeitos projetam-se para fora do processo, ou seja, gera a indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, nesta, por sua vez, torna indiscutível a relação jurídica que foi concedida na sentença de mérito.

A coisa julgada formal é endoprocessual e vincula-se exclusivamente à impossibilidade de rediscutir o tema devido dentro do processo em que a sentença foi prolatada, essa impossibilidade de rediscutir a matéria decidida dentro do mesmo processo conduz a idéia de preclusão, ou seja, a perda de uma circunstância jurídica operada no decorrer do processo, não ocorrerá a resolução do mérito.

A doutrina afirma que a coisa julgada formal não é exatamente coisa julgada, mas sim uma preclusão temporal do processo que não admitirá mais modificação, assim, se o processo for extinto sem resolução de mérito, este torna-se indiscutível, mas a sua relação jurídica poderá ser novamente discutida em juízo em um outro processo, uma vez que este não fez coisa julgada material, na qual se a demanda for julgada com resolução de mérito, não será suscetível a sua rediscussão.

Conforme o art. 506, CPC “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, apenas as partes da demanda serão alcançadas pela a coisa julgada, de forma que não poderão ser prejudicadas, mas poderão ser beneficiadas com a decisão.

Segundo ensinamentos de Grinover (2014, pag.331):

[...] o principal fundamento da coisa julgada às partes é de *índole política*: quem não foi sujeito do *contraditório*, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida *inter alios*.

A decisão que transitou em julgado pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, que deverá ser proposta dentro do lapso temporal de dois anos, contados do transito em julgado da ultima decisão proferida no processo.

Conforme ensinamentos de Câmara (2017, pag. 469):

Chama-se ação rescisória à demanda através do qual se busca desconstituir decisão coberta pela coisa julgada, com eventual rejuízo da causa original. [...] já se tendo formado a coisa julgada (formal ou material), o meio adequado para – nos casos expressamente previstos em lei – desconstituir-se a decisão que já tenha sido alcançada por tal autoridade é a propositura de ação rescisória.

A decisão que concedeu a tutela de urgência de caráter antecedente não faz coisa julgada, esta não se tornará imutável e indiscutível, tendo em vista que esta foi conferida com apoio em cognição sumária e não exauriente, como ocorre no caso das decisões revestidas pela a coisa julgada, os efeitos da tutela estabilizada podem ser afastados por decisão judicial que a desconstitua em demanda proposta por uma das partes dentro de dois anos para a reforma da decisão que concedeu a tutela provisória, visto que a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos, tornando o conteúdo da coisa julgada indiscutível.

8 Conclusão

A longa duração dos processos acaba por trazer consequências prejudiciais ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista uma menor efetividade nas decisões judiciais.

Conforme a exposição de motivos do referido código, observa-se que o objetivo principal da reforma processualista foi o de acelerar a prestação da tutela jurisdicional eliminando os excessos de formalismos para o bom andamento do processo.

A inovação contida no atual Código de Processo Civil, a técnica da estabilização da tutela antecipada, trouxe um representativo ganho na efetividade, em razão da necessidade de se atingir a adequada prestação jurisdicional, com o objetivo de enfrentar um dos grandes dilemas do ordenamento jurídico brasileiro, a morosidade processual.

As tutelas de urgência, cautelares e satisfativas, restam unificadas, tendo sido previsto o instituto da estabilização da tutela antecipada, demonstrando o interesse dos juristas em assegurar uma tutela provisória apta à regular um litígio de forma definitiva sem que este produza o instituto da coisa julgada, porém sua estabilidade poderá ser afastada por decisão que a revogar, proferida por ação ajuizada por uma das partes.

Entende-se que o instituto da estabilização da tutela antecipada não viola a constituição, sendo que tanto as tutelas antecipadas, como a mitigação do princípio do contraditório são assegurados no direito brasileiro, por conseguinte, a estabilização da tutela antecipada deve ser entendida como constitucional, considerando que o instituto se relaciona com o devido processo legal, duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional adequada e célere.

Provisional Tutelage Stabilization

Abstract

The present study has as object the study, based on a large bibliographical research on the stabilization of the antecedent tutelage of an antecedent character, inserted in the current Code of Civil Procedure. The unsatisfactory duration of the process, in relation to time and law and the search for the effectiveness of procedural law, brought the institutionalization of the stabilization of the tutelage anticipated to the Brazilian legal order, being this one delivered by means of summary cognition, presenting in itself an alteration to the principle of contradictory and wide defense. We observe the influence of the alien law present in the current institute enshrined in the new Code of Civil Procedure, having this basis in the French *référé*. The stabilization of early tutelage does not cause any type of unconstitutionality, which seeks to respect due process, reasonable length of process, distributing the burden of time of the process between the parties and the provision of effective, timely

and adequate judicial protection, with a view to obtaining the good of the life there pleaded.

KEYWORDS: Temporary protection. Guardianship of urgency. Early care. Stabilization of early guardianship

Referências

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30.ed. rev. atual e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER JR, Fredie – **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Vl.1.

_____. **Novo código de processo civil**: comparativo com o código de 1973. 2. Ed. rev. Atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8. Ed. Salvador. JusPodivm, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A “anatomia do direito”: regras e princípios – as emendas de Hart e Dworkin¹

*Cleber de Deus
Giovanna Dantas*

O objetivo central do ensaio é fazer uma interpretação de algumas teses sobre as teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. O debate é clássico na Filosofia do Direito. Em virtude da imensa literatura produzida concernente ao assunto, nos limitaremos a elencar certas ideias norteadoras do Direito nos seguintes tópicos: Há relação entre Direito, Justiça e Moral? O Juiz ou Ministro deve limitar sua decisão a observância estrita da lei? Princípios são elementos constituintes e ordenadores de sistemas jurídicos? Tais teses delineiam o debate constitucional contemporaneamente no mundo inteiro. Há uma heterogeneidade de respostas e controvérsias infundáveis. O único consenso é notadamente a dissonância sobre tais temáticas.

Relacionado ao quesito inicial, a tese trata da secular questão em saber se um ordenamento jurídico deverá pautar seus fundamentos assentados em regras morais (“tese da conexão”) ou, contrariamente, o Direito suportaria uma ordem jurídica aceitável desvinculando-se de pretensos institutos morais presentes em quaisquer contextos institucionais ou sociais (“tese da separação”).

¹ Cleber de Deus: Pós-Doutor em Ciência Política pelo Ibero Amerikaniches – Berlim – Alemanha e Graduando em Direito – Uninovafapi. E-mail: dideus@ufpi.edu.br - Giovanna Dantas: Graduando em Direito – Uninovafapi – e-mail: giovanneshamueli6@gmail.com

Essas divergências foram postas por duas correntes clássicas da Filosofia do Direito e Teoria constitucional: o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo.

A tese do Positivismo Jurídico é extremamente realista em suas bases fundacionais: o Direito é o que se apresenta numa ordem institucional concreta e não se subordina a suposições futuras do tipo “o que deveria ser o direito”. A ideia da existência de ordenamentos jurídicos imaginários insere-se num plano ideal (utópico). Nesse sentido, assertivas do tipo: “*Non videtur esse lex quae justa non fuerit*” (“uma lei injusta não é uma lei”) seria totalmente descabida de fundamentação lógica e empírica. A lei poderá existir mesmo sem se submeter a um provável “conceito de justiça”². Especificamente, problemas de natureza deontológica não se constituem como basilares nessa versão mais radical do “Positivismo Jurídico”. Os problemas essenciais que tal Filosofia do Direito deveria lidar eram os notadamente de ordem ontológica (“categorias jurídicas como poder, ordem, norma e sanção”).

Em sendo assim, Hans Kelzen destaca notadamente tal ponto em seu livro a Teoria Pura do Direito. No mundo kelseniano, a ciência jurídica é “pura”, como sugere o termo, livre de todo e qualquer fator ou objeto estranho a ela (sociologia, filosofia e ciência política). Contudo, o autor não nega a conexão existente entre tais disciplinas. Porém, as exclui da análise por razão dessas, em tese, comprometer o real significado do jurídico.

Embora a desvinculação dos demais fatores do fenômeno jurídico não seja tão conveniente, torna-se necessária para a compreensão real do estudo do Direito. A teoria pura foi formulada mediante uma perspectiva positivista concentrando-se no estudo da norma e seus fatores: validade, criação, reconhecimento, etc.

Tal formulação teórica vincula-se a corrente monista. Essa propõe uma dissociação axiológica entre direito e moral. Assim,

² “A dicotomia interpretacionismo/não interpretacionismo alimenta um antigo debate entre “positivismo” e o jusnaturalismo”. O interpretacionismo é semelhante ao positivismo, e as abordagens jusnaturalistas indubitavelmente são uma forma de não interpretacionismo”.

imediatamente, afastam-se ligações necessárias entre um ideal de justiça e qualquer determinação moral preexistente. A ciência jurídica deve-se ater ao estudo normativo. Deste modo, a confirmação da “pureza teórica” (sofisticação) aglutina-se em dois pólos: a determinação do objeto de estudo e eliminação de juízos axiológicos na sua elaboração.

Em tal lógica de pensamento e interpretação é possível inferir que o Direito somente existirá quando positivado. Logo, direito é *norma*. Considerando tal afirmação, em que consiste, realmente, uma norma? Segundo Kelsen, a norma funciona como uma espécie de molde positivado onde as condutas humanas são enquadradas e, quando típicas, classificadas em lícitas ou ilícitas. Assim, a norma assume o papel de atribuir significação as condutas humanas dentro do sentido objetivo norteador do comportamento humano.

Na emenda kelseniana, a produção normativa é representada pela figura do Estado e seus agentes específicos que desempenham suas atividades. Tal Estado é concebido como a personificação do Direito no âmbito social. Esse, por sua vez, foi instituído pela força normativa fundamental que o valida.

A usualidade das normas se direcionariam em três eixos específico quanto aos atos naturais: i) um restritivo que veda condutas específicas; ii) outro permissivo autorizador/permitidor de algumas condutas e, iii) um extensivo determinado/conferidor de poderes (especialmente o elaborador das normas).

Contudo, apesar de nem toda espécie de norma atribuir sanção expressamente, caso das normas tidas como secundárias, a norma torna-se num pressuposto de sanção visto que a não observância da mesma, ou uma conduta excessiva vinculada a esta, se enquadrará numa norma primária.

Sendo assim, independentemente do seu conteúdo, existe uma sujeição entre as normas quanto ao critério hierárquico. As normas elaboradas devem estar em consonância com algum instrumento normativo superior tido como fundamental que autoriza sua devida elaboração, confere sentido objetivo, atribui-lhe

significação jurídica e legitima sua formação (critérios necessários à sua elaboração).

A validade duma norma, então, é assegurada pelo pressuposto desta se vincular ou sujeitar à existência doutra norma figuradamente superior, caracterizando assim, um sistema normativo estático estabelecido pela análise lógica dum pressuposto geral (maior) a particular (específico).

Após serem observados os critérios de elaboração formal da norma é necessário se atentar ao requisito substancial de conteúdo. Para tanto, a verificação de sua eficácia deve ser feita duma maneira que a coerência entre essa e os atos de vontade humana exista. Se se desconsiderar tal elo, este ciclo se rompe e a vigência da norma terá seu fim.

Na perspectiva Jusnaturalista, por sua vez, há uma objeção angular ao Positivismo Jurídico: suas teses eram reducionistas ou simplificadoras por limitarem o Direito exclusivamente ao que é regulamentado por lei e emanado pelo Estado e seus representantes. Isto é, fundamentos outros não foram consultados para se diferenciar o “direito válido do inválido”.

Num embate dessa proporção, o questionamento elementar era saber se os cidadãos deveriam obedecerem a leis apontadas como injustas mesmo que viessem a violar liberdades individuais, manifestação de pensamento, garantias de liberdade de crença, etc., como as protagonizadas pelos Estados fascistas, totalitários e autoritários. Consoante tal raciocínio jusnaturalista: “a distinção entre lei justa e injusta exigia um critério material de distinção que a resolução do direito como lei formalmente válida não estava em condições de fornecer. Ou seja, era necessário um critério de avaliação com base no qual as leis fossem julgadas também com respeito a seu conteúdo”³.

Do ponto de vista dos jusnaturalistas, as leis não podem ser desconectadas de imperativos morais ou éticos. Um sistema jurídico

³ BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. São Paulo: Unesp, 2016.

assim estruturado inviabilizaria a democracia como forma de governo que pretende instituir dispositivos não hierárquicos entre as relações interpessoais para, precisamente, garantir direitos básicos de igualdade entre os indivíduos e segmentos sociais. Num regime democrático, isto é, nas democracias liberais e políticas com sistemas econômicos de mercado, a desvinculação entre leis e fatos morais seria um pressuposto inaceitável e diametralmente antagônico ao princípio democrático: mesmo pautado pelo critério essencial segundo o qual a regra da maioria é quem decide os conflitos oriundos dos dilemas de sociabilidade, determinados dispositivos institucionais necessitam ser observados para evitar que direitos de segmentos societários tidos como minoritários sejam infringidos. Uma lei, nesse sentido, instituindo a proibição de liberdade religiosa para imigrantes católicos num país mulçumano padeceria duma ilegitimidade ímpar e não deveria ser recepcionada por qualquer Carta Constitucional. A lógica no mundo jusnaturalista é: o conteúdo e a moral da lei importam!

Tais considerações foram necessárias para nos conduzirem, deste ponto em diante, a revisitar algumas teses contrapostas de dois autores clássicos no que tange ao fenômeno jurídico: Herbert Hart e Ronald Dworkin. Entretanto, por motivações lógicas, faz-se mister, retomar uma ideia doutra teórico fundamental que serviu de base ao aprimoramento das teses hartianas e dworkianas nas formulações posteriores de seus sistemas jurídicos: John Austin.

E qual foi, então, essa tese basilar que redefiniu as interpretações do pensamento jurídico a partir da segunda metade do século XX por parte dos teóricos supracitados?

Na linhagem investigativa de John Austin o Direito funcionava como um sistema de “comandos e obediência”. No mundo austiano, quando uma lei era emanada deveria ser obedecida sob pena do infrator receber uma sanção. A *ameaça* era o elemento dissuasor dos comportamentos eventualmente desviantes de indivíduos que viviam sob um sistema jurídico e social. Na interpretação

reducionista de Austin, *as ordens são coercitivas* (“leis são comandos e ordens”).

A obediência a tais leis decorria, dentre tantos motivos, porque era produto de decisão soberana ou delegada a representantes pelo poder instituidor daquelas mesmas regras. As ordens dum soberano, em tal versão, seriam habitualmente seguidas e, como norma geral, o soberano não se submeteria ao julgo de nenhum ator político e poderia desobedecer tais leis (“tese da fonte”). “Uma das características básicas de um sistema jurídico, segundo Austin, é que ele tem superioridade dentro de um determinado território, e independência em relação a países vizinhos”. Adicionalmente, há a existência duma crença geral de que as leis deverão ser obedecidas, “*o hábito geral de obediência*”, por parte dos indivíduos que vivem num Estado ou Sociedade específica.

Entretanto, o modelo austiano do Direito era apropriado a qualquer ordenamento jurídico ou padeceria de equívocos que mereceriam reparos elementares? Debruçando-se a respeito do mesmo fenômeno, isto é, a relação entre Direito e a Moral, o jurisconsulto Herbert Hart introduziu importante inflexão na Teoria do Sistema Jurídico de Austin influenciando contemporaneamente as controvérsias sobre o tema. Na linhagem analítica hartiana, “*o mundo jurídico austiano era manco*”⁴.

Quais argumentos ou razões compeliram Herbert Hart “a demolir o edifício” estruturado por Austin? Que fundamentos substantivos foram apontados tentando desmontar o império austiano e edificar um outro que se apresentasse mais confiável e robusto? Não é tarefa dessa breve reflexão ensaística apontar os inumeráveis argumentos alinhavados por Hart as todas possíveis falhas que ele nota e sustenta. Tal exercício reflexivo demandaria um esforço além de nossos conhecimentos atuais concernente ao tema. Nos limitaremos a indicar, tão-somente, certas ideias estruturadoras da modelagem ou mundo hartiano.

⁴ HART, Herbert Louis A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Inicialmente, a meta de Hart foi definir o Direito para diferenciar sua formulação das apresentadas por Austin e Kelsen tidas como redutivas ou simplificadoras da compreensão dum sistema jurídico. Nesse intuito, concebeu um conceito de Direito que fosse universal e se enquadrasse nos regimes jurídicos das sociedades industriais modernas. Em tal lógica, o Direito deveria ser concebido como uma conjunção de regras: *primárias e secundárias*. Ao assim proceder, Hart pretendia superar lacunas doutras teorias jurídicas visando a criação de fundamentos para justificar as motivações criadoras duma regra e, simultaneamente, estabelecer o *sentido e alcance das mesmas*.

Em sendo assim, existindo uma *variedade de leis, umas que conferem deveres e outras que conferem poderes*, haveria a premente obrigatoriedade da introdução *duma regra de reconhecimento* para saber se as leis fariam parte ou não de um sistema jurídico e se apresentavam legitimidade. Se os indivíduos pautassem seus comportamentos exclusivamente por regras primárias, o sistema jurídico dessa ordem social era extremamente simples. Ao se recorrer para complementaridade das leis secundárias, visava-se corrigir os defeitos de tal sistema jurídico e diminuir os riscos de imprevisibilidade ou incerta das condutas dos cidadãos. Nessa rota de raciocínio, a regra de reconhecimento, cimentava a ideia de solidez de um sistema jurídico. “As regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas – germe da ideia de validade jurídica”.

Todavia, o mundo jurídico de Hart era de fato um edifício sólido ou um castelo de areia? Haveria algum ponto nefrálgico que pudesse abalar suas teses? Na perspectiva do jurisconsulto Dworkin, o raciocínio hartiano, por sua vez, também era manco. Um sistema jurídico comporta além de regras, *princípios*. A emenda dworkiana assevera que há uma complementaridade entre regras e princípios. A teoria dominante não explica o fenômeno jurídico em sua integralidade.

No mundo dworkiano, há situações nas quais os magistrados tomam decisões (“discutem a respeito de direitos e obrigações”) sem necessariamente considerarem a textura estrita da lei. Nisso residia o erro elementar da vertente positivista que foi entendida por Dworkin como: “um modelo de e para regras e sua principal tese repousa num teste fundamental para o direito, e por isso, ignora outros tipos de padrões que não são regras”.

Um princípio não se assemelha a uma regra por exatamente possuir *peso ou importância*. Regras são excludentes e quando se mostram em conflito ou contradição, elimina-se obrigatoriamente uma em detrimento da outra num sistema jurídico. Contrariamente, os princípios podem simultaneamente conviverem e se superporem. “Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes de regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, a nossa volta. Os professores de direito ensinam, os livros de direito os citam e os historiadores do direito os celebram. Mas eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda a sua força, nas questões judiciais difíceis, como os casos Riggs e Heningsen”⁵.

Nesse ponto da argumentação, Dworkin chama atenção para um elemento fundamental: é necessário identificar, em casos concretos, se estamos diante de uma regra ou princípio. O objetivo é esclarecedor: a solução do conflito é fundamental e, para tanto, torna-se essencial saber qual direcionamento adotar (“decidir em um outro sentido”).

A questão correlata a essa e fonte de debates insolúveis é: saber se o magistrado pode ir “além do direito” ou limitar-se a estrita observância do mesmo, da regra positivada. Nesse ponto se introduz a *tese do poder discricionário do juiz* tendo em vista que o contexto não é suficiente para pautar a decisão do magistrado. Assim, Dworkin afirma que o poder discricionário assume significados diferentes: um sentido forte e dois fracos. No sentido

⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

forte, o pressuposto é que o juiz em determinados assuntos ou casos, não estaria condicionado aos padrões comumente pré-estabelecidos para tomar uma decisão. No primeiro sentido fraco, subjaz a tese segundo a qual em certos padrões exige-se a capacidade de uma autoridade pública julgar. O segundo princípio fraco serve como uma espécie de garantia ao funcionário público: sua decisão não poderá ser revogada ou revista. Em síntese, como os princípios não são pensados, na perspectiva positivista, como “padrões jurídicos”, eles não devem se submeterem a “regra do reconhecimento”.

Tal como posto inicialmente, nossa meta foi tão-somente elencar algumas notas sobre o que denominamos “a anatomia do direito”: as emendas de Hart e Dworkin relativas ao fenômeno do Direito. Longe duma pretensão mais analítica ou crítica no que tange as teorias desses dois autores, a leitura pautou-se pela feição descritiva. Salienciamos a controvérsia entre positivismo e jusnaturalismo para, em seguida, introduzir a emenda austriana referente ao Direito. Posteriormente, apontamos as críticas centrais de Hart ao modelo de Austin. Realizada essa etapa, arrolamos algumas objeções de Dworkin a emenda hartiana do Direito. O debate é extremamente instigante e demandará, indubitavelmente, leituras mais aprofundadas de nossa parte. Dessa maneira, poderemos ter um conhecimento mais aprofundado e técnico da manifestação do fenômeno jurídico.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016.

HART, Herbert Louis A. *O Conceito de Direito*. São Paulo. Martins Fontes: 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

A arbitragem no Estado Democrático de Direito e sua relevância para solução de conflitos decorrentes de relação de trabalho no âmbito da administração pública¹

*Alexandre Augusto Batista de Lima*²

*Geremias Pereira da Silva Neto*³

Introdução

O instituto da arbitragem não é algo novo em sua essência, remonta ao Direito Romano⁴ e tem larga relevância na história, sobretudo no campo de atuação internacional. A arbitragem é uma, dentre várias, maneiras de solucionar um impasse. Ela vem sendo

¹ Essa pesquisa é patrocinada pelo Programa de Iniciação à Pesquisa Científica (PIBIC) do CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI.

² Doutorando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí. Pós-graduado em Direito Tributário Pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi e do Instituto Camilo Filho. Orientador do Projeto de Pesquisa PIBIC-PIVIC/Uninovafapi – 2017/2018. e-mail: alexandreablina@hotmail.com

³ Geremias Pereira da Silva Neto, gneto_100@hotmail.com, graduando em Direito pela UNINOVAFAPI e bolsista do PIBIC. Orientando do Projeto de Pesquisa PIBIC/Uninovafapi – 2017/2018.

⁴ [...] “as partes podiam celebrar compromisso, à semelhança do juízo comum, afim de submeter as suas pendências a um terceiro, denominado árbitro” ver: BUZAID, Alfredo. Do juízo arbitral. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 55, p. 187-196, 1960. p. 187 e 188.

usada em diversos países, tem gerado emprego e praticidade aos conflitantes, pelo seu baixo custo e alto rendimento.

O tema arbitragem na Administração Pública é um dos temas mais atuais e relevantes da atualidade e gera muitas questões importantes para o desenvolvimento da Administração e do Estado. É importante que sejam percebidas as mudanças de paradigmas pelas quais vem passando a Administração Pública na contemporaneidade, o que leva à necessidade de constante atualização e estudo de diversos institutos que tornam a administração mais eficiente.

Há uma crise de confiança no Brasil atual, posto que os aspectos políticos e econômicos do Brasil atual geram um clima de certa incerteza no país, o que pode, inclusive, levar a um afastamento de investidores e em uma estagnação do crescimento econômico do país. Neste sentido deve-se refletir sobre o modo como os conflitos podem ser resolvidos e, nesse contexto, a arbitragem pode ser um instrumento muito útil para o desenvolvimento da nação.

Ora, a Administração Pública brasileira presenciando tal fato, não somente pode como deve se valer de tal método, para buscar o bem coletivo, dar celeridade à gestão pública, economizar seus diversos gastos e possibilitar o crescimento nacional. Entretanto, faz-se necessária uma análise da compatibilidade do instituto com o Regime Jurídico de Direito Público.

Tendo em vista que o Poder Judiciário se vê, cada vez mais, em dificuldades, tendo em vista a crescente demanda judicial, o que diminui a eficiência da prestação jurisdicional, em virtude do acúmulo de processos. Percebe-se, ainda, que, em diversas localidades o Judiciário ainda enfrenta o problema da defasagem tecnológica, pois em diversas Comarcas não há instrumentos de tecnologia da informação hábeis a fazer frente às demandas atuais. Diante disso, percebe-se que as novas formas de solução de conflitos surgem não como uma panaceia, no sentido de resolver todos os problemas, mas com o fito de proporcionar “dias melhores” como

diz a letra da música de um famoso cantor nacional⁵, ou seja, de presenciar uma mudança não apenas cultural, mas também socioeconômica e política.

A problemática do presente artigo reside em discutir, diante das mazelas do Poder Judiciário, e do excessivo número de demandas ajuizada a cada dia, a viabilidade e efetividade da utilização da arbitragem, no âmbito da Administração Pública, para solução de demandas relativas a relações de trabalho.

A pesquisa objetiva demonstrar que o instituto da arbitragem é compatível com o Regime Jurídico de Direito Público. Tem por fito, ainda, analisar as relações de trabalho desenvolvidas na Administração Pública e a sua resolutividade por meio da arbitragem e, ainda, de verificar se há e quais seriam os Estados brasileiros que se utilizam dessa ferramenta de solução de conflitos, examinando se isso contribui ou não para a melhoria da prestação jurisdicional e para a continuidade do serviço público.

A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, utilizando-se da análise documental sistemática de teorias, doutrinas jurídicas, legislações e jurisprudência dos tribunais, de modo a extrair argumentos hábeis para fundamentar os resultados da pesquisa, desvendando, de forma lúcida e concreta, a essência do instituto da arbitragem no contexto atual, tendo em vista as diversas formas de solução adequadas de conflitos previstas na legislação brasileira, bem como das novas técnicas para solucionar conflitos que possibilitem uma alternativa ao Poder Judiciário e seus contornos jurídicos, em especial, nas relações que se desenvolvem na Administração Pública. A pesquisa teórica, assim, tem conotação exploratória de natureza explicativa e analítica. O método de interpretação jurídica utilizado é o sistemático, analisando os institutos jurídicos e a legislação ordinária em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional.

⁵ Música “Dias Melhores”, composição de Rogério Flausino, Banda Jota Quest.

Com isso, explicita-se, de maneira analítica, o modo como se pode mudar tal cenário, a saber, por meio de um Estado Democrático de Direito sólido, no qual se proporcione de tempos em tempos, reformas como, por exemplo, a Reforma Trabalhista de 2017, promovida pela Lei n.º 13.467/2017, com a finalidade de solucionar os conflitos com mais presteza, utilizando para isso a arbitragem e visando, assim, benefícios para as futuras gerações, para a Administração Pública e para os administrados.

1 Estado Democrático de Direito e a Arbitrabilidade Estatal: a liberdade individual e o controle do Estado

A criatura humana é originalmente livre e possuidora da razão, ou seja, organicamente possui o bem e a *vontade*, porém, o ser humano vacila e se perde com tamanha autonomia, podendo se desvirtuar e fugir da realização do bem comum. (BIÉLER, 2012, p. 244-249). O ser humano, então buscar organizar-se em sociedade e cria um ente Estatal para que possa estruturar e conduzir a vida social, distribuindo competência e riqueza com a finalidade de consecução do bem da coletividade.

Dessa maneira, a moral possui real sentido, do contrário não seria necessária a criação de normas éticas e leis positivas com vistas a proporcionar um controle social. Desse modo, segundo Cícero 63 a.C., em relação a um determinado grupo, tal conjunto normativo será preventivo, ou seja, garantidor de direitos e deveres; para outra classe, será repressivo, a saber, a continência dos maus por seu próprio ímpeto (ROCHA, 2011, p. 230).

A utilização da presente argumentação é fundamental, pois trata-se da *gênesis* da discussão sobre indivíduos, organização estatal e conflitos, posto que o estudo do Estado e das relações deste com a sociedade exige o estudo da origem e do fundamento das instituições presentes numa sociedade politicamente organizada.

Assim, é plenamente possível dizer que o homem é autônomo e que o Estado tem o dever de conter determinados

anseios sociais, obviamente de forma genérica e mínima, por exemplo, limitando a autotutela, possibilitando que o cidadão tenha meios de exercer a legítima defesa ou, ainda, promovendo a segurança da nação (NOZICK, 1991, p. 09). Nesse sentido, com o desenvolvimento do Estado Moderno, o povo abdica parcialmente da sua liberdade, permitindo com que um órgão governamental imponha limites e apresente melhores soluções para as controvérsias erigidas e não apenas isso, mas também para facilitar o Acesso à Justiça (SAID FILHO, 2014, p. 19). Com isso, é preciso realizar certos questionamentos, a saber, a liberdade é realmente útil? Quais são as funções de um Estado no tocante à resolução de disputas?

O Estado Democrático de Direito, é, na dicção do advogado Ruy Barbosa aquele em que “os governos representativos são os únicos suportáveis pelas sociedades: capazes de satisfazê-las em seus interesses, aspirações e ideias, e até mesmo seus preconceitos: só nos ombros da própria nação pode descansar o peso de seu destino” (MIGALHAS, 2010, p. 24). Nesse sentido, a participação representativa da sociedade nas formas de exercício de poder é de fundamental importância em uma sociedade democrática.

Cabe ainda definir o que é Estado, Democracia e Direito e explicitar suas relações. Para conceituar a palavra *Estado* é necessário levar em conta as diversas acepções do termo, percebe-se, entretanto, que pode ser visto como uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, 2013, p. 122). A concepção de *Democracia* é, segundo Paulo Bonavides idealizada como forma de governo por Aristóteles. Nesse sentido, ele a define como “sistema coerente de ideias e crenças”, (BONAVIDES, 1999, p. 190) ora, parece justo unir ambos os pensamentos e classificar democracia como: “a forma de governo sistematicamente formada por ideias e crenças dos indivíduos, as quais são representadas por governantes previamente eleitos”.

Por último, e não menos importante, pode-se entender o Direito sob a ótica de Miguel Reale (2002, p. 699), que concebe o termo de maneira tridimensional, a saber, direito é o conjunto de fato, valor e norma, assim, direito é a fonte que jorra justiça, a qual busca a verdade nos acontecimentos sociais, valora as concepções e normatiza condutas. Tendo em vista esses fundamentos elementares, pode-se asseverar que por meio do Estado Democrático de Direito é possível realizar *Reformas*, como as atualmente enfrentadas, por exemplo, reforma administrativa, reforma trabalhista, reforma previdenciária⁶, estas por sua vez, geram alterações tanto no âmbito estatal como no social, cumpre dizer que, a atual Constituição Federal proclama o modelo supracitado, no seu artigo 1º, nas seguintes palavras:

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

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

O mesmo ocorre em relação à extensão do Estado, não necessariamente a extensão territorial, mas, sobretudo, ao impacto na vida comum dos indivíduos, será que desejamos um Estado como o pregado por Lênin, ou seja, uma organização que representa a sociedade em todas as áreas sociais, principalmente, tomando para si os meios de produção, mudando a rota da administração individual para a pública, em nome do “bem comum”. (LENIN, 2007).

O ponto limítrofe está claro, uma vez que o ser humano é dotado de **vontade** própria e não pretende ser guiado como um animal irracional, nesse sentido, “o primeiro dos planejadores modernos, Saint-Simon, chegou a predizer que aqueles que não

⁶ Esta última em processo de tramitação no Congresso Nacional.

obedecessem às comissões de planejamento por ele propostas seriam ‘tratados como gado’” (HAYEK, 2010, p. 47). Destarte, o Estado deve atuar de maneira a garantir a ordem social mínima aos indivíduos, e estes devem obedecer às diretrizes estatais para o bom funcionamento político, no entanto, deve-se indagar e estar atento à realidade brasileira, a qual pode denotar uma participação excessiva do Estado em determinadas matérias, gerando uma limitação quanto à liberdade de escolha dos indivíduos, situação por vezes, indesejada.

Nesse esteio, deve-se considerar, no aspecto administrativo, que, historicamente, o Brasil só experimentou certo nível de atualização nos atos administrativos no decurso do séc. XX com o advento da *democratização* procedimental, tendo em vista o período colonial e individualista que imperava anteriormente (LIMA, 2018, p. 105). Nesse sentido, houve determinado avanço após a metade do século 20 com a Constituição de 1934, porém, os impedimentos eram latentes, pois a ausência de constância contagiava a efetivação dos ideais reformistas (MENDONÇA, 2009).

No Brasil, a década de 1980 é marcada pela crise do Estado deflagrada pelas dificuldades fiscais, pelo esgotamento do modelo burocrático e do aparelhamento estatal para atender as demandas expectativas públicas do “bem-estar” do período pós-guerra, a crise exige uma nova resposta emergencial do Poder Público. Nessa toada, percebeu-se a carência de uma norma que suprisse a deficiência no planejamento, elaboração, fiscalização e execução dos projetos estatais.

É nesse contexto que surge a Emenda Constitucional nº 19/98, inserindo o princípio da Eficiência na Constituição de 1988, desse modo a Administração preocupa-se não apenas em cumprir a norma, mas também em prestar serviços com boa qualidade, com isso, devemos compreender tal princípio somente na ótica financeira, em relação a baixo custo, mas de igual modo pelo ângulo da renovação da estrutura de procedimento, com vistas ao interesse coletivo (LIMA, 2018, p. 108 e 109).

Dessa forma, se percebe que os movimentos de reforma da Administração Pública das últimas décadas são um terreno fértil para a adoção de novas medidas e novos institutos que promovam uma boa gestão, com transparência e eficiência, sem que se descure do necessário controle e fiscalização imprescindíveis quando se trata de utilização e administração de recursos públicos. Diante desse quadro, “são essenciais uma reforma política que dê maior legitimidade aos governos, o ajuste fiscal, a privatização, a desregulamentação [...] e uma reforma administrativa que crie os meios de se obter uma boa governança”. (PEREIRA, 2006, p. 36)

É necessário ressaltar, ainda, que, em regra, o papel do Estado é expressado por uma manifestação de Poder, que, em muitos casos, se instrumentaliza pela processualidade, seja ela legislativa, administrativa ou judicial. Entretanto, em determinadas ocasiões, pode o Estado se despir das suas vestes de poder para sentar à mesa de negociação e, por meio de outros instrumentos de solução de litígios, como, por exemplo, Conciliação, Mediação e Arbitragem, resolver as contendas entre Administração e Administrados. Essa opção é bem esboçada pela utilização da Arbitragem na Administração Pública.

Frank Sander, professor da Escola de Direito de Harvard, instituiu a ideia do denominado *multidoor courthouse system*, denominado no Brasil de Sistema de Múltiplas Portas, sob a justificativa de que o tratamento adequado ao conflito possibilita o uso eficiente dos recursos pelos Tribunais; conduz à diminuição de custos e de tempo pelos interessados e pelo Poder Judiciário; e, além disso, diminui o número de conflitos subsequentes. (SANDER, 1985; SALES, SOUSA, 2011)

A arbitragem, portanto, se mostra como um instrumento democrático de solução de controvérsias, pois possibilita que o Estado outorgue a um terceiro, árbitro, não necessariamente agente estatal, o papel de resolver determinadas contendas das quais o Estado participe.

De acordo com o artigo primeiro da lei de arbitragem, Lei n.º 9307 de setembro de 1996, reformada pela Lei n.º 13.129 de 2015, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. (BRASIL, 1996). Deve-se ressaltar que a arbitragem não se confunde com a mediação ou com a conciliação, que também se conformam como formas de Resolução Adequada de Disputas – RAD, entretanto, tanto a mediação quanto a conciliação se prestam à busca de uma solução “amigável” ou consensual do conflito, enquanto que a arbitragem tem sua atuação desenvolvida no âmbito contencioso, tal como se dá no âmbito do Poder Judiciário, sendo, portanto, uma modalidade de heterocomposição, que se dá quando um terceiro impõe aos interessados uma decisão.

O artigo 1º da lei de Arbitragem determina a capacidade para valer-se da arbitragem, ou seja, trata da chamada arbitrabilidade, que pode ser categorizada em arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva. A primeira categoria diz respeito a **quem** pode fazer uso da arbitragem. A segunda modalidade se refere ao objeto da arbitragem, ou seja, **o que** pode ser levado à resolução por intermédio da arbitragem.

Muito já se discutiu, no cenário nacional, se o Estado pode ou não realizar uma arbitragem. O Estado, internamente, se representa pelos entes federado, União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, que, técnica e juridicamente, são pessoas jurídicas de direito público interno. Destarte, como pessoas jurídicas que são, os entes federados são capazes de contratar, assim sendo, resta, portanto, evidente que o Estado pode realizar a arbitragem. Isso quer dizer, portanto, que não há óbice ao exercício da arbitrabilidade pelo Estado no aspecto subjetivo, tendo em vista a possibilidade de o mesmo fazer parte de uma relação jurídico-contratual.

De acordo com a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça - STJ não há qualquer obstáculo para que a Administração Pública seja “sujeito” de uma arbitragem, posto que:

No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que **o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem**. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.⁷ [...] Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. (BRASIL, 2017).

Anteriormente, havia uma ressalva feita pelo Tribunal de Contas da União – TCU, em relação à utilização da arbitragem pelo Estado, posto que a corte de contas entendia que somente poderia ser utilizada a arbitragem pela Administração Pública quando houve previsão legal expressa nesse sentido. É o que ocorre nas leis supracitadas, como, por exemplo, a legislação das Concessões de Serviços Públicos e, também, em relação à Lei que trata das Parcerias Público-privadas, Lei n.º 11.079 de 2004. Neste sentido:

Decisão n. 286/93 – Plenário: O Tribunal de Contas da União entendeu que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por **falta de expressa autorização legal**⁸ e por **contrariedade a princípios básicos de direito público** (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 139.519. Relator: MINISTRA REGINA HELENA COSTA. Brasília, DF, 11 de outubro de 2017. *Dje*. Brasília, 11 nov. 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁸ Princípio da Legalidade.

vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros). Este *decisum* serviu de fundamento para a Decisão n. 763/94 - TCU - Plenário e Acórdão n. 537/2006 - TCU - 2a Câmara.⁹ (BRASIL, 1993).

Vale ressaltar, ainda, a decisão tomada no Acórdão 2145/2013, em que o TCU entende que a opção pela arbitragem deve ser devidamente motivada pela Administração, ainda que se trate de empresa estatal, como é o caso da Petrobrás, por exemplo, e que tal opção deve ser técnica e economicamente justificada, como se vê no seguinte excerto do acórdão citado:

[...] 37. Desta feita, em que pese a jurisprudência do STJ não ter estabelecido limites para a utilização da cláusula arbitral - até porque a solução dos casos concretos não o exigiu - entende-se que a arbitragem somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado.

[...]

40. Esse entendimento, destaque, independe de se tratar a contratação de atividade fim ou não da empresa. Isto posto, entendo que a decisão impugnada deve ser alterada de forma que a utilização de cláusula arbitral não seja restrita à atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado.

Acórdão:

9.1.2. conhecer do pedido de reexame em relação às demais impugnações para, no mérito, dar-lhe provimento parcial de forma a dar a seguinte redação aos seus subintês 9.3.1, 9.3.2 e 9.3.3. do Acórdão 2.094/2009-Plenário:

[...]

⁹ As decisões referidas foram tomadas nos seguintes processos: TCU, D.O.U. 4/8/1993, Ministro-Relator Homero Santos. TCU, D.O.U., 3/1/1995, Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva. TCU, D.O.U. 17/3/2006, Ministro-Relator: Walton Alencar Rodrigues. No mesmo sentido: TCU, D.O.U. 22/5/1195, Ministro-Relator Paulo Affonso Martins de Oliveira. TCU, D.O.U. 28/8/1995, Ministro-Relator Fernando Gonçalves. TCU, D.O.U. 28/4/2003, Ministro-Relator: Ubiratan Aguiar; TCU, D.O.U., 1/6/2003, Ministro-Relator: Adylson Motta; TCU, D.O.U. 13/6/2003, Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça.

9.3.2. nos futuros contratos que vier a celebrar, limite-se a incluir cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral às hipóteses em que a adoção da arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado;
(BRASIL, 2013).

Diante da resistência do Tribunal de Contas da União em reconhecer a arbitragem como um instrumento que pudesse ser amplamente utilizado pelo Estado, o advento da Lei n.º 13.129, de 2015, vem para deixar claro, especialmente, no seu parágrafo primeiro, do artigo primeiro, que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL, 2015).

Assim, resta evidente a arbitrabilidade subjetiva do Estado, tendo em vista que pode contratar arbitragem, seja porque a mesma está prevista nos diversos estatutos legais que regem a Administração, seja porque a Lei de Arbitragem assim determina de forma expressa, seja porque a escolha pela arbitragem não ofende os princípios cardiais que regem a Administração Pública, devendo-se, entretanto, em cada caso concreto atentar para as justificativas e motivações técnicas e administrativas necessárias.

No que tange à arbitrabilidade objetiva é necessário verificar aquilo que pode ser objeto da arbitragem no campo da Administração Pública. A lei de arbitragem determina que somente os direitos patrimoniais disponíveis são passíveis da arbitrabilidade estatal. Desse modo, não se pode cogitar de submeter à arbitragem interesses públicos indisponíveis.

O grande problema dessa situação é que a definição de direito patrimonial disponível não é muito clara, podendo levar a algumas discussões doutrinárias ou jurisprudenciais acerca daquilo que, de fato, pode ser objeto da arbitragem no ambiente da administração. Esse é um problema exclusivo do setor público, posto que no âmbito privado vigora a livre disposição dos bens pelos seus proprietários. Entretanto, no direito público, contrariamente vige a

ideia da alienabilidade condicionada, tendo em vista que os bens públicos, exceto os dominiais ou dominicais, são inalienáveis.

Destarte, para que um bem público possa ser alienado, deve-se, precedentemente, realizar a desafetação, para que, então, o mesmo possa ser alienado e, ainda, assim, seguindo as diretrizes legais específicas para tanto, ou seja, em regra, por meio de procedimento licitatório.

Outra discussão que se trava nessa seara é a dos interesses públicos, que na expressão de Renato Alessi (1974, p. 226 e 227) podem ser interesses públicos primários ou interesses públicos secundários¹⁰.

Nesse ponto, deve restar claro, desde logo, que os interesses públicos primários não são suscetíveis de arbitrabilidade. Por outro lado, os interesses públicos secundários, ou seja, interesses patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público interno, estes podem, em tese, ser objeto de arbitrabilidade, desde que não envolvam bens afetados a interesses públicos específicos, como, por exemplo, bens de uso comum do povo e bens de uso especial.

Entretanto, deve-se ressaltar que a arbitrabilidade não é incompatível com o Princípio da Indisponibilidade do Interesse público, ressalte-se que este Princípio não deve ser invocado como óbice à arbitragem, pois “o interesse público realiza-se plenamente,

¹⁰ De acordo com Renato Alessi (1974, p. 226 e 227): “*Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sebbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può esser concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario*”. (Tradução livre: Esses interesses públicos, coletivos, dos quais a administração deve cuidar da satisfação, não são simplesmente o interesse da administração como um aparato organizacional autônomo, mas sim o que tem sido chamado de interesse coletivo primário formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em uma dada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparato estatal, se trata de um interesse do aparato administrativo individualmente considerado, seria simplesmente um dos interesses secundários que são sentidos dentro da coletividade, e que podem ser realizados apenas no caso de uma coincidência, e no limite de tal coincidência, com o interesse coletivo primário).

sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional.” (MEDAUAR, 2018, p. 129)

2 Do acesso à justiça por meio da arbitragem Lei N° 9.307: crise do Judiciário e novas formas de resolução de conflitos.

Para explicar sobre Acesso à justiça é imprescindível mencionar o monopólio do Estado ou, especificamente, monopólio jurisdicional que se desenvolveu visando conter a “lei do mais forte”, ou seja, para resolver os conflitos de forma governamental, barrando, assim, os abusos realizados pelo próprio Estado e pelos indivíduos. (BACELLAR, 2012, p. 18 e 19).

Cabe, ainda, ressaltar que, na contemporaneidade, é papel do Poder Judiciário solucionar diversas controvérsias, deve-se admitir, assim, que há enorme relevância nessa função, porém, se faz necessário reconhecer que o excessivo de número demandas têm causado gigantesco atraso, insegurança e desperdício (GICO JUNIOR, 2012). O que leva à reflexão sobre o modelo jurisdicional atual e sobre as possibilidades que podem ser erigidas diante das deficiências percebidas, no intuito de promover maior eficiência e dinamicidade nas soluções de conflitos que envolvam o Estado.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso elenca dois pontos que nutrem a vida desse domínio estatal, sobretudo no Poder Judiciário, primeiramente, a judicialização e depois o ativismo judicial, aquele por sua vez, é dividido em três fatores primordialmente abordados da seguinte maneira: Em primeiro plano, foi a “*redemocratização*”, da qual concedeu maior força ao Judiciário e conseqüentemente gerou mais demandas por parte dos cidadãos. Posteriormente, segue-se a “*constitucionalização abrangente*”, que por seu turno, transportou conteúdos da seara política para a atual Carta Magna, abrindo o caminho para normatizar copiosos anseios, quer de um cidadão ou

do próprio Estado, ocasionando mais ações judiciais. Em terceiro lugar, o motivo “*é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*” sendo ele apresentado e forma incidente e difusiva, elabora um cenário no qual um juiz ou corte pode exime-se de aplicar uma norma legal, tendo ele o entendimento que referida norma é inconstitucional. (BARROSO, 2009, p. 19-20).

Tendo em vista o que fora colocado, deseja-se apresentar a Arbitragem como meio eficaz de Acesso à Justiça, colimando a desburocratização estatal e proporcionando dentre outros escopos, o exercício efetivo da lei, especialmente no âmbito da Administração Pública e, ainda, concretizar princípios, como o da Economicidade¹¹ e Eficiência e, sobretudo, almejando o bem comum.

A arbitragem é um meio não judicial de resolução de conflitos, forma de heterocomposição, geralmente de natureza patrimonial, em que as partes envolvidas elegem um ou mais árbitros para solucionar um determinado impasse. É utilizada com mais frequência no âmbito particular, ou seja, fora do âmbito da Administração Pública, visto que sua criação visou o “desafogamento” do Poder Judiciário¹², porém, é plenamente possível sua aplicação no campo da Administração Pública, sendo assim, a autoridade ou órgão competente que realiza a convenção

¹¹ O Princípio da Economicidade “diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício.” (OLIVEIRA, HORVATH, e TAMBASCO, 1990, p. 94).

¹² De acordo com dados do relatório do CNJ, Justiça em Números do ano de 2017: “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com **79,7 milhões de processos em tramitação** aguardando alguma solução definitiva.” (BRASIL, 2017)

arbitral¹³ deve necessariamente ser a mesma que deve realizar acordos ou transações. (BRASIL, 2015).

Desse modo, segundo (SANTOS; CACHAPUZ, 2012, p. 145), “é dever do Estado, uma vez que não mais há autotutela privada, resolver os conflitos de modo pacífico”, com isso, valer-se da arbitragem é uma saída vantajosa, pois é segura, rápida e não violenta. Ainda nesse pensamento, tal método não está largado do ordenamento jurídico, mas que depende do Princípio da Legalidade, o autor assevera que “quaisquer que sejam as vontades, estas devem estar condicionadas à lei e ao Direito, dos quais se entende como expressão de um talante coletivo”. (SANTOS; CACHAPUZ, 2012, p. 146)

Nesse diapasão, a Arbitragem se mostra como uma importante porta de Acesso à Justiça seja para composição de litígios entre particulares, seja para a composição de litígios entre particulares e o Estado, posto que em diversas circunstâncias o Estado pode prescindir do Poder Judiciário para resolver suas demandas e tornar a gestão da coisa pública mais célere e dinâmica.

O Poder Público é imbuído de poderes e funções, as principais incumbências são a de legislar, julgar e gerir, sendo assim, cada função se complementa e busca equilíbrio mútuo. Nesse sentido, a função administrativa pode ser concebida como “a atividade do Estado para a realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica”, com isso, vale ressaltar que tal ente busca o benefício de toda sociedade e não apenas de um indivíduo, (CARVALHO FILHO, 2014, p. 4).

Desse modo, o princípio da autotutela permite à Administração, diante de uma falha estatal, corrigir o erro desse próprio. Com isso, faz-se necessário optar por caminhos mais

¹³ Consoante a Lei de Arbitragem: “Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. e Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” (BRASIL, 1996).

planos, para se reparar um equívoco de grande nível, por isso a mediação e conciliação e, sobretudo, a Arbitragem são imprescindíveis para o bom funcionamento da administração e para a consecução do máximo bem-estar social.

Visto isso, nota-se que a Arbitragem não deve ser visto somente como um método de resoluções de conflitos patrimoniais disponíveis, mas, também, como uma solução para o maior usuário do Poder Judiciário, a saber, o Estado¹⁴.

Tabela - Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.

Rank	100 maiores Litigantes por Setor e Justiça							
	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	38%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	77%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	27%	BANCOS	54%
2	BANCOS	38%	BANCOS	19%	BANCOS	21%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	14%
3	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	8%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2%	INDÚSTRIA	19%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	10%
4	TELEFONIA	6%	EDUCAÇÃO	1%	TELEFONIA	7%	TELEFONIA	10%
5	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	5%	SERVIÇOS	1%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	7%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	7%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Observa-se da tabela, acima, que o setor público, em qualquer âmbito de governo, e, em qualquer das esferas jurisdicionais, se situa no topo da lista dos maiores litigantes. Destarte, outros meios de composição de litígios podem ser importantes para alterar essa realidade.

No ano de 2015, ocorreu uma alteração fundamental, a saber, a possibilidade da utilização do Instituto da Arbitragem por parte da Administração Pública, isso, porém, já era previsto em resolução editada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, CAM/CCBC, Resolução n.º 09 de 20 de

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

outubro de 2014. (CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO, 2014). Entretanto, não havia uma disposição legal expressa neste sentido.

Além disso, é válido articular que a arbitragem é bem mais utilizada em outros países, com isso, é esperada uma diminuição de ingresso no meio convencional de resolução de litígios e maior número de procura no instituto mencionado, a qual deve ser utilizada para solução de conflitos de grande porte, o que, consequentemente aliviaria o Poder Judiciário, que padece de tempo e especialização direcionada.

Segundo SAID FILHO (2014) umas das principais causas da crise do Estado, de ordem estrutural é a mudança do estado liberal para o social, nesse último, são garantidos constitucionalmente vários direitos individuais e coletivos e isso, consequentemente gera disputas patrimoniais.

Tarefa árdua é correlacionar Administração Pública e meios extrajudiciais de resolução de conflito, visto que a Lei de Arbitragem menciona a seguinte expressão, “direitos patrimoniais disponíveis”, é de conhecimento geral no âmbito jurídico que quando a Administração Pública atua, sempre é com fundamento no interesse público, resta saber se os interesses coletivos são disponíveis (NOGUEIRA, 2009, p. 130).

Nesse sentido, os cidadãos pagam impostos, para usufruir de melhores condições de vida, mobilidade, segurança e justiça, com isso, o cidadão que decide guiar seu carro em uma via pública, e porventura tem a infelicidade de cair dentro de uma cratera gerada pela má execução de obra pública, tem o direito de reivindicar do Estado que repare os danos, essa resolução poderia ser solucionada breve espaço de tempo com a Arbitragem, porém muitas vezes o próprio ente estatal não demonstra interesse no impasse.

3 Da Reforma Trabalhista e da Arbitragem: aplicação da Arbitragem trabalhista perante a administração pública.

O presente tópico visa analisar como a Reforma Trabalhista impacta os contratos de trabalho firmados entre agentes públicos e a Administração e como a arbitragem pode ser utilizada para a resolutividade de conflitos nessa seara.

A Reforma Trabalhista do ano de 2017 foi polêmica e ainda divide opiniões entre empregadores e empregados, e entre a comunidade acadêmica, doutrinadores e aplicadores das leis. Para os empregadores o perigo está na perda de espaço para o mercado internacional e uma consequente fragilização no empresariado brasileiro; já os empregados, por seu turno, temem ter direitos suprimidos e, ainda, que tal reforma é inconstitucional (BARBOSA, 2017, *on line*). Nesse sentido, os conflitos são inevitáveis. Tendo em vista o presente jogo de interesses, é necessário, portanto, que não apenas os indivíduos, mas também a gestão pública crie mecanismos a fim de solucioná-los.

Para isso, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos ganham força, tendo em evidência sua celeridade e menor custo-benefício em contraponto com o método tradicional de solução de litígios, dentre outras vantagens (TELLECHEA, 2013). Nesse panorama, o ordenamento jurídico e as leis da economia precisam estar no mesmo ritmo, pois ambos seguimentos colimam o bem do ser humano (ALVES e C. FERNANDES, 2014).

Com isso, as implicações da referida reforma segundo Marcela Fernandes (2018), são negativas, pois:

Em novembro, primeiro mês da reforma da CLT em vigor, o saldo de empregos formais no Brasil ficou negativo, com **redução de 12.292 vagas**, o equivalente a 0,03% em relação a outubro, de acordo com o Caged. O resultado interrompeu uma sequência de sete meses de criação de vagas. Em dezembro, o saldo de emprego formal ficou negativo em 328.539 vagas. Com isso, 2017 acumulou a **perda de 28 mil vagas**. (Grifos nossos)

Porém, essa queda do nível de emprego não é decorrência apenas da reforma trabalhista, mas principalmente originada de uma crise econômica gerada por governos anteriores. Nesse esteio, a reforma apresenta melhorias para o trabalhador, como o rateio das férias, ela ainda equipara as condições do empregado com o terceirizado, garantido ainda direitos antes não abarcados, traz facilidade para o recebimento de benefícios, permite que a rescisão se desenvolva de comum acordo (NASCIMENTO, 2017).

É importante ressaltar que grande parte da doutrina trabalhista sempre se posicionou contrariamente à possibilidade de utilização da arbitragem nas relações individuais de trabalho, posto que o empregado se encontra em uma situação de vulnerabilidade perante o Empregador. Neste sentido:

A arbitragem deve ter uma avaliação bastante restritiva também porque ela representa, em sentido contrário, a renúncia do direito constitucional de ação, que é uma das garantias fundamentais do cidadão. Não se pode, por tudo isso, ter a menor dúvida de que as cláusulas compromissórias, constantes de contratos de trabalho, que já no momento da formação do vínculo de emprego, instituem a arbitragem como o modo preferencial para a solução dos futuros conflitos oriundos da relação de emprego, são nulas de pleno direito. (MAIOR, 2002, p. 187)

Ocorre que a lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, que estatui a reforma trabalhista promoveu a inserção do artigo 507-A à CLT, com a seguinte redação:

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” (BRASIL, 2017)

Destarte, a reforma implementada, em que pese esteja presente em um único artigo é muito impactante, posto que possibilita de forma ampla a utilização da arbitragem nas relações trabalhistas e, em especial, no contrato individual de trabalho.

É importante ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem buscado, atualmente, incentivar as formas adequadas de solução de disputa e, desse quadro, não se exclui da Justiça do Trabalho, tendo em vista que a demanda de processos na seara trabalhista é, também muito proeminente. Não se deve negar ainda que a conciliação vem sendo nos últimos tempos muito perquirida, inclusive pela própria legislação processual civil, com o advento do novo Código de Processo Civil.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 652, alínea “f”, implementado pela reforma, estatui que é competência da Justiça do Trabalho “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”. Por outro lado, O Art. 855-B admite homologação de acordo extrajudicial sempre que o processo seja iniciado “por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado”. (BRASIL, 2017).

Hodiernamente, alguns autores vêm percebendo a utilidade da arbitragem, sem, entretanto, deixar de perceber que há dificuldades que precisam ser enfrentadas e contornadas para que o instituto se viabilize e se popularize, especialmente, na esfera trabalhista. Nesse sentido:

A arbitragem realmente é uma das formas mais avançadas de solução de conflitos, pois incentiva a autonomia dos atores sociais, afastando a muitas vezes perniciososa intervenção estatal nas relações de Direito Material. O reconhecimento, porém, da existência de dificuldades é medida de honestidade que deve ser explicitada, em função de alguns “óbices”, que podem ser sintetizados em dois tópicos: o custo e a mentalidade. A arbitragem, por ser uma forma privada de solução de conflitos,

implica na existência de custos pelas partes¹⁵, dificuldade essa ampliada em relação ao processo do trabalho, em que estamos, do ponto de vista institucional, cada vez mais próximos de um regime de gratuidade. A segunda dificuldade reside na cultura do cidadão brasileiro, que vem se caracterizando cada vez mais por uma mentalidade demandista, às vezes valendo-se do próprio atraso na prestação jurisdicional para obter vantagens ilícitas. Somente com a superação de tais obstáculos, poder-se-á conseguir a criação de uma “cultura arbitral”, reservando ao Poder Judiciário estatal somente as grandes e inconciliáveis questões de Direito. (PAMPLONA FILHO, 2006).

As dificuldades ressaltadas pelo autor, como os custos da arbitragem para as partes e a implementação de uma cultura arbitral não devem ser subestimadas, pois estes aspectos podem ser cruciais para a valorização e popularização da utilização da arbitragem, sem o que não basta determinação legal, posto que será apenas mais uma lei que “não pegou” no Brasil e que restará escondida no sótão do arcabouço legislativo sem aplicação e efetividade.

Entretanto, é muito importante ressaltar que o movimento atual, inclusive preconizado pelo novo Código de Processo Civil e pela reforma trabalhista é de mudança de paradigmas nesse cenário. A expectativa é a de que cada vez mais a arbitragem seja estimulada e utilizada para ser uma opção legítima e eficaz de solução de litígios em conjunto com o judiciário. Não se quer dizer aqui que a arbitragem vai substituir o Poder Judiciário e que vai, portanto, acabar com a Judicialização de demandas, mas que pode ser sim uma porta eficaz de solução de conflitos.

Deve-se lembrar que a lei de greve também prevê a possibilidade da arbitrabilidade, seja no seu artigo 3º, quando determina que “frustrada a negociação ou verificada a

¹⁵ Dispõe o art. 27, da Lei de Arbitragem que a “sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.” (BRASIL, 1996)

impossibilidade de **recursos via arbitral**, é facultada a cessação coletiva do trabalho.”, seja no seu artigo 7º quando aponta que “observadas as condições previstas na lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.” (BRASIL, 1989).

Destarte, observa-se que a arbitrabilidade trabalhista não é algo estranho à legislação laboral existente no quadro nacional. Do ponto de vista da Administração Pública, a arbitragem pode ser uma solução importante para casos em que os agentes públicos são proibidos de fazer greve, como ocorre, por exemplo, com os militares.

É indispensável não descurar que, consoante a reforma trabalhista implementada em 2017, não é qualquer relação laboral que pode ser levada à arbitragem, a lei impõe requisitos específicos para essa situação nas relações individuais de trabalho, que podem ser assim enumerados: 1) remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, atualmente, para o ano de 2018 este valor é de R\$ 5.645,80. (cinco mil seiscientos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), assim, duas vezes esse valor corresponde ao montante de 11.291,60 (Onze mil reais duzentos e noventa e um e sessenta centavos); assim a grande maioria dos contratos individuais de trabalho no Brasil ficam à margem da arbitragem, posto que não chegam a esse valor estatuído na lei; 2) Deve ser firmada cláusula compromissória de arbitragem; 3) A iniciativa para firmar a cláusula compromissória de arbitragem é do empregado ou depende de sua concordância expressa, quando decorrer da iniciativa do empregador e 4) deve seguir as diretrizes normativas da lei de arbitragem.

Assim, percebe-se que não são todos os contratos individuais de trabalho que podem ser objeto de arbitragem, muito pelo contrário, há uma imensa restrição legal à utilização da arbitragem nessas espécies contratuais.

No que tange à possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos de trabalho que envolvem a Administração Pública se percebe, de início, que a Administração Pública goza da arbitrabilidade subjetiva, ainda, que na maioria das vezes, a autorização legal se dê para utilização da mesma em contratos administrativos e, ainda, com mais incidência em contratos administrativos que envolvam o direito internacional.

Entretanto, deve-se ressaltar que a Administração Pública na relação com seus agentes realiza relações de trabalho que poderiam, em tese, estar sujeita à arbitrabilidade. Necessário se faz aqui verificar se é caso de se reconhecer a arbitrabilidade objetiva das relações individuais de trabalho que se travam no ambiente da Administração Pública.

Um dos entraves mais recorrentes a esse tipo de contratação pelo Estado é o Regime jurídico de direito público por ele cotejado, que preconiza a Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Legalidade.

Entretanto, deve-se perceber que a Administração Pública na relação de trabalho que trava com seus agentes pode adotar um Regime Jurídico Estatutário, que ocorre no caso daqueles servidores públicos efetivos que ocupam cargos públicos e têm todo o seu regramento funcional determinado pelo estatuto jurídico específico; ou um regime jurídico celetista como o que ocorre em relação aos empregados públicos que compõem o quadro funcional das empresas estatais, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Dessa forma, é necessário que a análise seja dividida entre a possibilidade de utilização da arbitragem no Regime Estatutário e no âmbito do Regime Celetista.

Primeiramente, considerando o Regime Jurídico Estatutário, parece, no momento, ser mais difícil a compatibilização do regime arbitral com a sistemática funcional pública, salvo em algumas situações específicas como no caso de greve e de disposição sobre as relações obrigacionais, durante o período paredista, que poderiam ser alvo de arbitragem e teriam suporte legal para tanto.

Nas demais hipóteses, a ausência de lei específica, por exemplo, a Lei n.º 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nada traz sobre a possibilidade de utilização de arbitragem. Desse modo, consoante o entendimento já assinalado anteriormente pelo Tribunal de contas da União, a ausência de lei impacta e se constitui em óbice para a utilização do mecanismo da arbitragem no relações de trabalho sob o signo do regime jurídico estatutário.

Por outro lado, para aqueles agentes públicos que são regidos pelo regime celetista não há qualquer óbice, senão a não implementação dos requisitos legais, para que se possa manejar a arbitragem nos conflitos por ventura oriundos desses contratos, desde que a cláusula compromissória arbitral, tenha sido validamente instituída. Isso porque a reforma trabalhista trouxe à baila a previsão legal específica para essa instituição, o que pode ser observado tanto nas relações eminentemente privadas, como nas relações laborais firmadas pelo Poder Público.

Conclusão

A Constituição Federal brasileira de acordo com as Emendas Constitucionais n.º 19/98, reforma da Administração Pública e n.º 45/04, reforma do judiciário, tem reconhecido cada vez mais a atuação eficiente do Estado e a possibilidade de que as pessoas, dotadas de autonomia, possam optar por formas de solução de controvérsias não necessariamente dirigidas pelo Estado.

Nesse mesmo passo seguiu a legislação infraconstitucional, em especial, a lei de arbitragem, Lei n.º 9.307/1996, com suas alterações posteriores, a lei de mediação, Lei n.º 13.140/2015, o novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015 e, por fim, a reforma trabalhista concebida pela Lei n.º 13.467/2017, promove-se, então uma mudança de paradigma no que tange à resolutividade de conflitos no contexto brasileiro. As formas alternativas de resolução

de conflitos, denominadas pelo CNJ de Forma de Resolução Adequadas de Disputas vêm, cada dia ganhando espaço e protagonismo no cenário nacional. Não é diferente com a arbitragem, que ganhou novo impulso com as alterações promovidas pela lei n.º 13.129/2015.

A arbitragem, assim, é uma das modalidades de Acesso à Justiça sendo, portanto, um instrumento integrante do sistema de múltiplas portas¹⁶, que pode conduzir à pacificação social e à solução das controvérsias de modo mais célere e

Ademais, se passa a cogitar de uma nova forma de resolução de conflitos que pode ser utilizada, inclusive pela Administração Pública, consoante o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, sendo discutível, entretanto, o aspecto da arbitrabilidade objetiva, de modo, que, em cada caso, deve-se perquirir se a referida situação pode ou não ser levada à arbitragem.

Nesse sentido, verifica-se que, atualmente, com o advento da reforma trabalhista, algumas lides que envolvam contratos individuais de trabalho podem ser dirimidas pela arbitragem.

No âmbito da Administração Pública, percebe-se que a relação entre esta e seus agentes pode-se dar sob o regime jurídico de direito público, estatutário ou sob o regime jurídico celetista. No primeiro caso, para que se torne viável a utilização da arbitragem trabalhista se faz necessária uma alteração dos estatutos laborais dos servidores públicos, de modo a contemplar expressamente essa possibilidade. Por outro lado, no caso das relações que envolvam agentes públicos submetidos ao regime celetista não há óbice para a utilização da arbitragem, desde que respeitados os requisitos legais impostos pelo artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, pelo que se pode concluir a arbitragem é um mecanismo que fomenta a própria democracia, ao permitir a construção de soluções sem a interferência estatal, de acordo com a

¹⁶ Ver: SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 16, 2011.

livre disposição dos interessados, por meio de cláusula compromissória arbitral. Se mostra, por conseguinte, como uma forma adequada de disputa, que desafoga o Judiciário e garante o Acesso à Justiça.

Referências

- ALESSI, Renato. *Principii di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplorazione della funzione amministrativa*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- ALVES, Alinne Cardim; FERNANDES, Cassiane Melo. BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 2, n. 2, p. 61-89, 2015.
- ARBITRAGEM, Abc Câmara de Mediação e. **Quando a justiça não pode esperar**. 2018. Disponível em: <<http://www.abcarbitragem.com.br/Site/interna.asp?p=7>>. Acesso em: 26 maio 2018.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. Coleção saberes do direito. vol. 53. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 18-19
- BARBOSA, Murilo Oliveira. **A Reforma Trabalhista e as consequências negativas para o empregador brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://www.dm.com.br/opiniaio/2017/06/reforma-trabalhista-e-as-consequencias-negativas-para-o-empregador-brasileiro.html>>. Acesso em: 03 jun. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.
- BIÉLER, André. **O pensamento econômico e social de Calvino**. 2. ed. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2012, p. 244-249.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. 1ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores LTDA., 1999.

BUZAID, Alfredo. Do juízo arbitral. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 55, p. 187-196, 1960.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). **Constituição Federal, de 05 de janeiro de 1988**. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF, 05 jan. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Congresso. Senado. (1989). **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Lei de Greve**. Brasília, DF, 28 jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 286. Relator: Ministro-Relator Homero Santos. Brasília, DF de 1993. **Diário Oficial da União**. Brasília, 04 ago. 1993.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 763/94. Relator: Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva, DF de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 jan. 1995.

_____. Congresso. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de Arbitragem. Dispõe sobre a Arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão n. Acórdão n. 537/2006. 2ª Câmara. Relator: Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, DF de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 mar. 1995.

_____. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão n. Acórdão n. 2145/2013. Plenário. Relator: Ministro-Relator Benjamin Zymler, DF de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 ago. 2013.

_____. Congresso. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF, 26 mai. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 139.519. Relatora para o Acórdão: MINISTRA REGINA HELENA COSTA. Brasília, DF, 11 de outubro de 2017. **DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO - DJe**. Brasília, 10 nov. 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.**

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Portal da legislação. Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-norma-pl.html>>. Acesso em 01 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. Até 31-12-2013. São Paulo : Atlas , 2014.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO (São Paulo). **RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 09/2014**: Ref.: Interpretação e aplicação do Regulamento do CAM-CCBC Arbitragens que envolvem a Administração Pública Brasileira. 2014. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>>. Acesso em: 06 maio 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Marcela. **O impacto da reforma trabalhista na criação de empregos até agora**: Auxiliar de escritório, motorista, faxineiro e

porteiro foram algumas das categorias mais atingidas pela demissão por acordo entre patrão e empregado. 2018. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/02/08/o-impacto-da-reforma-trabalhista-na-criacao-de-empregos-ate-agora_a_23355807/>. Acesso em: 23 jun. 2018.

GICO JR, Ivo T. A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. **Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação (Face), Departamento de Economia. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2012.**

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão.** São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LENIN, Vladimir. **O Estado e a revolução:** o que nos ensina o marxismo sobre o estado e o papel. 1. ed. São Paulo : Editora Expressão Popular, 2007.

LIMA, Alexandre Augusto Batista de. **Parcerias público-privadas no setor de transporte público.** 1.ed. São Paulo : Editora Lumén Juris, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Arbitragem em Conflitos Individuais do Trabalho: A experiência mundial. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília: Síntese Editora, Ano, v. 68, p. 181, 2002.**

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais:** entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo. Fortaleza : Universidade de Fortaleza, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno.** 21. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

MIGALHAS (Brasil). **Migalhas de Rui Barbosa.** São Paulo: Migalhas, 2010. 330p.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **A reforma trabalhista já está valendo para todos os contratos?** 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/a-reforma-trabalhista-ja-esta-valendo-para-todos-os-contratos/>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na Administração Pública. **REVISTA DA AGU, v. 8, n. 21, 2009.**

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução: Ruy Jugman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 9, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do Setor Público: estratégia e estrutura para um novo estado. *IN: Reforma do Estado e administração pública gerencial*. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). 7. ed. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, André Menezes. Jusnaturalismo estoico e republicanismo no De Legibus de Cícero. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, v. 2, n. 19, p.227-247, fev. 2011. Semestral.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **A CRISE FUNCIONAL DA JURISDIÇÃO: A ARBITRAGEM COMO “LÓCUS” ALTERNATIVO PARA A (RE)SOLUÇÃO DE CONFLITOS**. 2014. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/teresina, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4030/Fernando%20Fortes%20Said%20Filho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 16, 2011.

SANDER, Frank EA. *Alternative methods of dispute resolution: an overview*. **U. Fla. L. Rev.**, v. 37, p. 1, 1985.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem na administração pública. **Scientia Iuris**, v. 16, n. 1, p. 137-160, 2012.

TELLECHEA, Rodrigo. **Arbitragem:** economia e liberdade na escolha do método de resolução de conflitos. 2013. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/arbitragem-economia-e-liberdade-na-escolha-do-metodo-de-resolucao-de-conflitos/69475>>. Acesso em: 26 nov. 2017.