



REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA

VOL. 7

*BELO HORIZONTE
EDIÇÕES SUPERIORES
JULHO
2017*



Todos os direitos reservados aos autores e à Editora Edições Superiores

Editor Responsável:
Cilas Bernardes Rosa

Produtor Editorial:
Editora Edições Superiores

Revisão:
Editora Edições Superiores

Editoração:
Amanda Gama de Paula

Capa
Cyb Comunicação

Presidente do Conselho Editorial:
Dra. Sara M. A. G. Bernardes

Conselho Editorial
Cilas Bernardes Rosa
Eduarda Maria D. Rodrigues
Fernanda Amaral
Fernando Jesus
Joaquim José Miranda
Kaminsky Mello Cholodovskis
Maria Luiza Silva
Melillo Dinis do Nascimento
Rafael Rodrigues
Sara M. A. G. Bernardes
Soraya Aparecida Dias Cholodovskis



Edições Superiores
Av. Miguel Perrela, 698 - Bairro Castelo - CEP: 31.330-290
Belo Horizonte – MG

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra, em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições se aplicam também às características gráficas da obra e a sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (Artigo 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei n. 10.695, de 1º.07.2003), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Impresso no Brasil



R454

Revista Superior de Justiça. / Belo Horizonte: Esjus – Escola Superior de Justiça – v.
1, abr. 2001 – Belo Horizonte: Edições Superiores, 2011.

v. 7, n. 1, jul. 2017.

ISSN: 2236-2355

Bílingue – Português e espanhol.

Acesso: <http://www.ejus.com.br/revista-superior-de-justiça>

1. Direito. 2. Edições Superiores. ESJUS – Escola Superior de Justiça.

CDU: 34



SUMÁRIO

O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A “MIRADA”
DOS DIREITOS HUMANOS
Alessandro de Sousa Guimarães

08

A PENHORABILIDADE PARCIAL DO SALÁRIO DO DEVEDOR FRENTE AO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO
Aline Lourenço de Ornel

22

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO NAS LICITAÇÕES:
COMO O CONTROLE INTERNO PODE EVITAR ALGUNS DOS
PRINCIPAIS EQUÍVOCOS COMETIDOS NA ELABORAÇÃO
DO CERTAME
Andréia Chagas de Andrade

33

O NOVO REGIME JURÍDICO DA ADOÇÃO EM PORTUGUAL:
O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS
ORIGENS GENÉTICAS POR PARTE DO ADOTADO
Cândida Carvalho

52

PRECATÓRIO JUDICIAL: UM OBSTÁCULO À
EFETIVIDADE DO PROCESSO E A SUA TRANSFORMAÇÃO
EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA COMO UMA SOLUÇÃO EFICAZ
Cleonice dos Santos Silveira

74

ABORTO E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UM OLHAR ACERCA DA NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO
DO ABORTO NO BRASIL
Fábio Luiz Viégas Cutrim

86



A POLÊMICA SOBRE A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE
E PERICULOSIDADE

Francisco Apoliano Albuquerque

Renato Mateus Lopes Gomes

105

CONSTITUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE DIREITOS REAIS NO
CONTEXTO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO

José de Arimateia Barbosa

115

ROTATIVIDADE, LEIS, ANAIS DA ASSEMBLEIA PROVINCIAL, FALAS E
RELATÓRIOS DOS PRESIDENTES DA PROVÍNCIA:
IMPACTOS SOB A INSTRUÇÃO PÚBLICA PRIMÁRIA

Loyane Cristine Cafeiro Monteiro

125

DIREITOS HUMANOS. A QUEM INTERESSA?

Manoel Felizardo dos Santos

141

A PRISÃO DESNECESSÁRIA NÃO ACALMA O CLAMOR DO POVO
BRASILEIRO QUANTO AO FIM DA IMPUNIDADE

Nívea de Matos Lacerda

150

A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E OS ASPECTOS JURÍDICOS COM A
EC 66/2010

Nizangela Hetkowski Genovês

157





DIREITO À SAÚDE: EXPECTATIVA OU GARANTIA CONSTITUCIONAL?
Olganete dos Anjos Moreira

169

REGISTRO DE NASCIMENTO E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS
Raimunda Irlanda Cabral Santos Rezende

178

REFLEXÕES SOBRE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE POR ALTERNATIVAS PENAIAS EM CRIME AMBIENTAL
E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA COMARCA DE MACAPÁ-AP
Rosália dos Santos Ribeiro

189

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988
Tatiana C. dos Reis Filagrama

200





PREFÁCIO



O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A “MIRADA” DOS DIREITOS HUMANOS

Alessandro de Sousa Guimarães¹

RESUMO

O artigo trata de forma panorâmica do direito à proteção de dados pessoais na perspectiva dos direitos humanos. Relaciona-se, de forma breve, o direito à autodeterminação informativa, conteúdo intrínseco do direito à proteção de dados pessoais. O conteúdo do direito à proteção de dados é analisado essencialmente sob a perspectiva normativa, com o reconhecimento de vários princípios presentes nas diferentes regulamentações internacionais. Nesse sentido, comparam-se os paradigmas de proteção de dados pessoais americanos e europeus, considerados os principais macromodelos normativos, bem como as experiências da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da América Latina e a regulamentação do assunto no ordenamento jurídico brasileiro. Na parte final, resumam-se os principais pontos comuns da experiência internacional na proteção aos dados pessoais e ressaltam-se os aspectos distintivos dessas experiências.

Palavras-chave: autodeterminação informativa, proteção, dados pessoais, direitos humanos.

1 Advogado, Analista Legislativo do Senado Federal e aluno do Doutorado em Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), e-mail: adv.aguimaraes@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo traçar um panorama sobre o conteúdo jurídico do direito à proteção de dados pessoais como integrante do rol a que chamamos “Direitos Humanos” e a experiência internacional na regulamentação desse direito. Dessa forma, cabe-nos, primeiramente, explicitar nossa definição de Direitos Humanos.

Direitos Humanos são os direitos básicos de todos os seres humanos. São os direitos civis e políticos, como, por exemplo, o direito à vida, à propriedade, liberdade de pensamento, de expressão, de crença, direito à intimidade, direito à vida privada, igualdade de todos perante a lei, direito à nacionalidade, de participar do governo do Estado, podendo votar e ser votado, entre outros, fundamentados na liberdade; direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, à moradia, à distribuição de renda, entre outros, fundamentados na igualdade de oportunidades; direitos difusos e coletivos, v.g. o direito à paz, o direito ao progresso, à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente sadio, direito do consumidor, direito à inclusão digital, entre outros, fundamentados na fraternidade.

Sob esse aspecto, o direito à proteção de dados pessoais representa uma evolução, uma adequação à realidade do mundo contemporâneo do conteúdo jurídico do direito à intimidade e do direito à vida privada.

2 . INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Embora os termos “intimidade” e “vida privada” sejam bastante próximos, há sutis diferenças entre eles. A intimidade se refere principalmente ao âmago, ao mundo interno do indivíduo, ao estar só, às crenças, emoções e pensamentos. Já a vida privada, representa a vida de convivência, como a vida em família e os relacionamentos com amigos.

Na opinião de Marcela BASTERRA (2012, p.227), professora e Doutora pela Universidade de Buenos Aires (UBA):

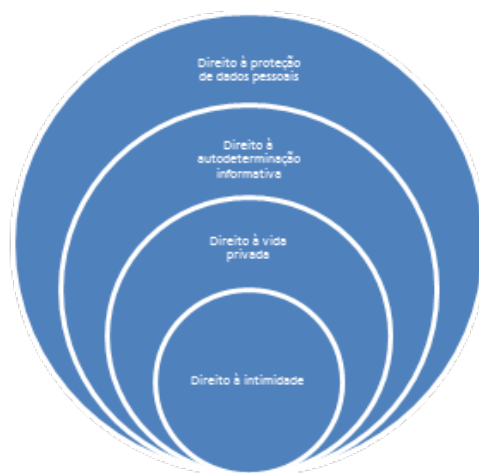
El concepto de vida privada es de mayor amplitud que el de intimidad, ya que comprende todos los elementos que no se desea exponer al conocimiento de los demás, pretendiendo que se mantengan en el fuero íntimo de cada persona. Dentro de esas acciones privadas existe un ámbito de mayor reserva, que hace a una parte esencial de la configuración subjetiva de cada individuo, es lo que se denomina “intimidad”, y, por lo tanto, requiere de una mayor protección. (Negrito nosso).

O mestre José Afonso DA SILVA (2010, p.183) traça interessante paralelo entre o conceito de “intimidade” e “vida privada” e “vida exterior”, ao entender que o conceito de intimidade está ligado principalmente à vida interior do indivíduo, ao que é albergado na esfera mais íntima da pessoa, como seus sentimentos, suas convicções, enquanto a “vida privada” envolve a vida de uma pessoa no contexto da família, das relações de amizade e que também, à semelhança da vida íntima, não deve ser objeto de escrutínio público. Já a “vida exterior”, a vida das relações em sociedade e das atividades públicas pode ser pesquisada porque é pública.

Sob esse aspecto, o direito à proteção de dados pessoais guarda estreita relação com o direito à intimidade e à vida privada, representando o reconhecimento do direito de o ser humano, em uma sociedade com cada vez mais acesso à informação e com múltiplos interesses, ter controle sobre os dados

relacionados a ele e que possam afetar sua vida de forma prejudicial. É o direito à autodeterminação informativa.

Ainda de acordo com a prof^a. Marcela BASTERRA, pode-se pensar em conjunto de círculos concêntricos envolvendo os direitos à intimidade, à vida privada, à autodeterminação informativa e à proteção de dados pessoais, como se pode ver do diagrama abaixo:



E é esse direito à autodeterminação informativa que está ligado intrinsecamente ao direito à proteção de dados pessoais.

Nesse contexto, deve-se estudar o macromodelo normativo europeu por seu pionerismo e pela abrangência dos direitos que contempla.

3 . O CASO EUROPEU

O direito à autodeterminação informativa é previsto, já há bastante tempo, na legislação europeia de proteção aos dados pessoais.

Por exemplo, a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 1981, já estabelecia algumas garantias para as pessoas que tenham armazenados dados submetidos a processamento automatizado, como o direito de acesso aos dados pessoais, bem como, conforme o caso, direito à retificação e à remoção de tais dados, se processados contrariamente às previsões da lei de cada país.

A Diretiva nº 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24/10/1995², constitui-se no principal instrumento normativo de regulamentação do direito à proteção de dados pessoais na União Europeia. Nesse sentido, a Diretiva estabelece alguns princípios fundamentais para a adequada proteção dos dados pessoais.

Esses princípios foram agrupados nas seguintes categorias:

- 1) Princípios relativos à finalidade e limitações no uso de dados pessoais;
- 2) Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais.

2 Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>

Entretanto, antes de analisarmos estes princípios, entendemos que algumas definições são importantes.

Uma delas é a de “dados pessoais”. De acordo com o artigo 2º da Diretiva, “Dados pessoais” são definidos como:

qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou indentificável (<<pessoa em causa>>); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

E são esses últimos dados, os dados relacionados à identidade psíquica, econômica, cultural ou social, que, em geral, enquadram-se no conceito de “dados sensíveis”, necessitados de maior proteção, haja vista poderem, dependendo do tratamento dos dados, serem utilizados para discriminar ou prejudicar uma pessoa.

Outro conceito importante que merece ser esclarecido é o de “tratamento de dados pessoais”. Segundo o mesmo artigo 2º da Diretiva, “Tratamento de dados pessoais” abrange:

qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;

Da mesma forma, devemos explicitar o conceito de “Responsável pelo tratamento” também nos termos da Diretiva nº 95/46/CE. De acordo com a Diretiva, o responsável pelo tratamento de dados pessoais é:

a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;

Igualmente, cabe ressaltar que o “consentimento” previsto na Diretiva Europeia envolve a vontade livre, específica e informada, pela qual a pessoa aceita que dados pessoais que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento. É o “consentimento informado”.

Retornemos, então, à questão dos princípios.

O art. 6º da Diretiva estabelece os seguintes princípios relativos à finalidade e à limitação do uso de dados pessoais:

- 1) princípio da lealdade e da boa-fé objetiva: conduta objetiva do responsável pelo tratamento de dados de lealdade e de boa-fé em relação a quem fornece os dados pessoais;
- 2) princípio da legalidade: os dados pessoais devem ser coletados e utilizados respeitando a legislação vigente no país;
- 3) princípio da especificação de finalidade: os dados devem sempre ser coletados e utilizados para uma finalidade determinada;
- 4) princípio da qualidade dos dados: os dados pessoais devem ser corretos, completos e atualizados;

5) princípio da limitação do uso: os dados pessoais devem se utilizados somente durante o tempo necessário para atingir a finalidade proposta.

Da mesma forma, o art. 7º da referida Diretiva estabelece alguns princípios relativos ao tratamento de dados pessoais:

- 1) princípio da participação individual: direito de consentir ou não com o tratamento dos dados pessoais;
- 2) princípio da necessidade: o tratamento dos dados pessoais deve ser efetuado de acordo com o estritamente necessário para o alcance da finalidade proposta para os dados pessoais coletados.

Além da Diretiva nº 95/46/CE, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, prevê o direito ao direito à proteção de dados de caráter pessoal e a necessidade da criação de órgãos ou autoridades de controle nacionais para proteger o direito à proteção de dados pessoais. Recentemente, a Directiva nº 95/46/CE e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia serviram de paradigma para uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) relacionado ao direito à proteção de dados pessoais.

O caso em questão é a de um cidadão espanhol que ajuizou perante a Corte Européia de Justiça uma ação contra a Google Spain e a Google Inc. para que dados pessoais que constavam dos bancos de dados da empresa há vários anos e que o cidadão espanhol considerava desatualizados fossem apagados ou ocultados da lista de resultados do motor de busca. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)³, do dia 13/05/2014, reconheceu a importância do direito à autodeterminação informativa e à proteção de dados pessoais⁴ (“direito a ser esquecido”), que só deixará de prevalecer por razões de relevante interesse público.

Em 18 de dezembro de 2015, o Conselho Europeu aprovou a primeira versão de uma Reforma da Regulamentação do Direito à Proteção de Dados Pessoais, que deverá entrar em vigor na primavera de 2018 (General Data Protection Regulation), concedendo aos indivíduos maior controle sobre os dados pessoais por meio das seguintes diretrizes:

- a) necessidade do consentimento claro do indivíduo para o processamento dos dados pessoais;
- b) acesso mais fácil do indivíduo aos dados pessoais;
- c) direito à retificação, à exclusão e ‘a ser esquecido’;
- d) direito à objeção, incluindo ao uso de dados pessoais para a criação de perfis e estatísticas;
- e) direito à portabilidade de dados de um provedor de serviço para outro.

Falemos, então, do cenário relacionado ao direito à proteção de dados pessoais nos Estados Unidos da América, visto que o modelo estadunidense também serve de fonte de inspiração para diversos países, notadamente na questão do acesso à informações de cunho público.

3 Disponível em <http://bit.ly/1NU6NSc>.

4 Disponível em <http://www.consilium.europa.eu/en/policies/data-protection-reform/data-protection-regulation/>

4 . O CENÁRIO NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos da América não têm uma regulação geral sobre proteção de dados pessoais. Algumas normas federais tratam sobre temas específicos como saúde, crianças, consumo e instituições financeiras tais como a *Children's Online Privacy Protection Rule*, o *Federal Information Security Management Act (FISMA)*, o *Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA)* e a *Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)*. São mais comuns as normas que tratam sobre a liberdade de expressão e o acesso a informações estatais, tais como o *Freedom of Information Act*⁵.

Nesse sentido, diferentemente da ênfase europeia em relação ao direito à autodeterminação informática, no caso americano, a ênfase maior é colocada no direito à informação. Assim, privilegia-se o direito à informação em detrimento do direito à intimidade informática.

Sob esse aspecto, o modelo europeu foi concebido como resultado, em grande parte, da experiência traumática da Segunda Guerra Mundial, onde perseguições de vários grupos foram levadas a cabo pela grande disponibilidade de dados pessoais.

De outra parte, o conceito de “dados pessoais sensíveis”, no caso americano, é bem mais restrito que o europeu, abrangendo principalmente questões de segurança nacional e de defesa da ordem pública.

Igualmente, a previsão, constante do modelo europeu de proteção de dados pessoais, de uma autoridade de controle, não encontra ressonância no caso americano.

De acordo com Carlos G. GREGORIO (2007, p.313), pesquisador do Instituto de Investigación para la Justicia, da Argentina:

En la jurisprudencia de los Estados Unidos el derecho de privacidad esta destinado a proteger los sentimientos y la sensibilidad de las personas y no su propiedad, o intereses pecuniarios, por ello es que se sostiene que es un derecho personal que termina con la muerte. Se ha observado, por ejemplo, que los registros penales de menores de edad —que están protegidos— pueden ser abiertos cuando una persona muere en circunstancias inexplicables y así permitir la investigación sobre las causas de su muerte. Este punto de vista no es compartido en el sistema continental europeo donde la intimidad y privacidad están ligadas al honor. Por ejemplo el artículo 185 del Código Penal portugués establece una pena por “ofender gravemente la memoria de una persona fallecida” y establece que “la ofensa no será punible cuando hayan transcurrido más de 50 años del fallecimiento”. En España la exposición de motivos de la Ley Orgánica de 5 de mayo 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen dice: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho.

Dessa forma, no sistema americano, o direito à proteção de dados pessoais *post mortem* é relativizado, não possuindo a força de que dispõe no sistema europeu continental.

Passemos ao estudo da importante experiência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

5 Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2012-title5/pdf/USCODE-2012-title5-partI-chap5-sub-chapII-sec552a.pdf>

5 . AS DIRETRIZES PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE)

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), composta de trinta e quatro países membros, espalhados em vários continentes do mundo, estabelece parâmetros para os países que a integram, relacionados à proteção de dados pessoais, e os agrupam em duas categorias:

- 1) Princípios básicos de aplicação nacional;
- 2) Princípios básicos de aplicação internacional.

Entre os princípios básicos de aplicação nacional estão⁶:

Princípio da Limitação da coleta de dados pessoais: Deve haver limites para a coleta de dados pessoais e tais dados devem ser obtidos de forma legal e por meios lícitos e, onde apropriado, com o conhecimento do sujeito dos dados.

Princípio da Qualidade dos dados: Dados pessoais devem ser relevantes para os propósitos para os quais serão usados, e, na extensão necessária para esses propósitos, devem ser precisos, completos e mantidos atualizados.

Princípio da Especificação de Propósito: Os propósitos para os quais os dados são coletados devem ser especificados até o momento da coleta e o uso subsequente limitado ao preenchimento desses propósitos ou outros não incompatíveis com aqueles e da maneira que são especificados em cada ocasião de mudança de propósito.

Princípio da Limitação de uso: Dados pessoais não devem ser revelados, disponibilizados ou de outro modo usados para propósitos diferentes daqueles especificados exceto:

- a) com o consentimento do sujeito dos dados; ou
- b) pela autoridade da lei.

Princípio das Salvaguardas de segurança: Dados pessoais devem ser protegidos por salvaguardas de segurança razoáveis contra os riscos de perda ou acesso não autorizado, destruição, uso, modificação ou revelação de dados.

Princípio da abertura: Deve haver uma política geral de abertura em relação a desenvolvimentos, práticas e políticas com respeito a dados pessoais. Os meios devem estar facilmente disponíveis para estabelecer a existência e a natureza dos dados pessoais e os principais propósitos de uso, bem como a identidade e a residência habitual do gestor dos dados.

Princípio da Participação individual: Um indivíduo deve ter o direito de:

- a) obter de um gestor de dados a confirmação, ou não, da existência de dados relacionados a ele;
- b) ser comunicado de dados relacionados a ele dentro de um prazo razoável, mediante cobrança, se houver que não seja excessiva e de uma forma que seja prontamente inteligível;

⁶ Tradução do texto disponível em <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>

- c) ser informado das razões de uma solicitação feita com base em a) e b) ter sido negada e poder desafiar tal negativa; e
- d) contestar os dados relacionados a ele e, se a contestação for procedente, ter os dados apagados, retificados, completados ou corrigidos.

Princípio da Auditabilidade (“accountability”): Um gestor de dados deve ser auditável quanto ao cumprimento das medidas que dão efeito aos princípios estabelecidos anteriormente.

Ademais, os princípios de aplicação internacional são⁷:

- a) as Nações Membro devem levar em consideração as implicações para outras Nações Membro do processamento doméstico e reexportação de dados pessoais;
- b) as Nações Membro devem tomar todos os passos apropriados e razoáveis para que os fluxos transfronteiriços de dados pessoais, incluindo o trânsito através de um país membro, sejam contínuos e seguros;
- c) um país membro deve abster-se de restringir fluxos transfronteiriços de dados pessoais entre esse país e outro país membro.

Um país membro pode impor restrições em relação a certas categorias de dados pessoais para os quais a legislação doméstica inclui regulação específica em vista da natureza desses dados e para as quais o outro país membro não provê proteção equivalente;

- d) nações membros devem abster-se de desenvolver leis, políticas e práticas em nome da privacidade e liberdade individuais que poderiam criar obstáculos para os fluxos transfronteiriços de dados pessoais que excedam os requerimentos para tal proteção.

Analizemos, a partir de agora, o cenário jurídico do direito à proteção de dados pessoais na América Latina, sem considerar o Brasil, cuja situação será considerada em tópico próprio por apresentar uma regulação do direito à proteção de dados pessoais pouco desenvolvidas em relação à maioria dos países da região.

6. O PANORAMA DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS NA AMÉRICA LATINA (COM EXCEÇÃO DO BRASIL)⁸:

A região dispõe de várias leis de proteção aos dados pessoais e também de disposições constitucionais neste sentido.

O México, por exemplo, no art. 6º, incisos II, III e IV de sua Constituição prevê que:

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

7 Tradução do texto disponível em Tradução do texto disponível em <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecd-guidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>

8 O Caso brasileiro será tratado em tópico a parte.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos.

Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión⁹. Nota: O negrito é nosso.

Vemos aí, novamente, a previsão de órgãos de controle, como previsto no modelo europeu de proteção de dados pessoais, embora os Estados Unidos Mexicanos concedam, como os EUA, maior liberdade de acesso a dados pessoais constantes de fontes governamentais.

A Lei Chilena sobre a Proteção da Vida Privada, a Lei nº 19.628, de 30 de agosto de 1999, no art. 2º, “g”, prevê o conceito de “dados pessoais sensíveis” com conteúdo semelhante ao previsto no modelo europeu.

Outro ponto digno de menção da Lei de Proteção de Dados Pessoais do Chile é o direito de oposição à utilização dos dados pessoais com fins de publicidade, investigação de mercado ou pesquisas de opinião, previsto no artigo 3º da referida Lei.

A Lei nº 1581, de 17 de outubro de 2012, da Colômbia, além de estabelecer os direitos dos indivíduos na esfera da proteção de dados pessoais, estabelece no artigo 17, uma série de deveres para os responsáveis pelos tratamentos dos dados.

A República Argentina reconhece o direito à proteção de dados pessoais em sua Constituição Nacional, notadamente após a Reforma Constitucional de 1994, que no art. 43 estabelece que toda pessoa pode ajuizar ação de “habeas data” para tomar conhecimento dos dados referente a ela constantes de bancos de dados públicos ou privados de caráter público para exigir a supressão, retificação, confidencialidade ou atualização desses dados¹⁰.

A Lei de Proteção de Dados Pessoais argentina, a Lei nº 25.326, de 30 de outubro de 2000, prevê, no artigo 16, com as exceções do artigo 17, os direitos de acesso, de supressão, retificação e atualização, *in verbis*:¹¹

ARTICULO 16. — (Derecho de rectificación, actualización o supresión).

1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos. (Negrito nosso).

2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.

3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley. (Negrito nosso).

4. En el supuesto de cesión, o transferencia de datos, el responsable o usuario del banco de datos debe notificar la rectificación o supresión al cesionario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato.

5. La supresión no procede cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos.

6. Durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información que se trate, el responsable o usuario del banco de datos deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al proveer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión.

7. Los datos personales deben ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o en su caso, en las contractuales entre el responsable o usuario del banco de datos y el titular de los datos.

9 http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf.

10 Disponível em <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49981>.

11 Disponível em <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/textos%20actualizados/25326.010408.pdf>

Interessante também mencionar que o artigo 29 da Lei de Proteção de Dados Pessoais argentina estabelece um órgão de controle¹² e o artigo 33 permite o ajuizamento de uma *ação de proteção de dados pessoais*.

Um aspecto a se notar da ação de proteção de dados pessoais argentina é que, por meio dela pode-se pedir a confidencialidade dos dados, o que não está previsto na Lei de Habeas Data brasileira, que abrange apenas o direito à retificação de dados, em sentido amplo, abrangendo, em nosso entendimento, o acréscimo, a supressão e a atualização dos dados pessoais.

Sob outro ponto de vista, consideremos que a legislação argentina em relação à matéria está fortemente influenciada pelo modelo europeu de proteção de dados pessoais, tendo, nesse sentido, a Argentina recebido da União Europeia o título de “Safe Harbor”, por possuir legislação que protege adequadamente os dados pessoais, inclusive o fluxo transfronteiriço desse tipo de dados.

7. O CENÁRIO BRASILEIRO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O art. 5º, LXXII, da Constituição Federal garante o direito de acesso e de retificação de dados pessoais constantes de bancos de dados públicos ou privados de caráter público por meio do “habeas data”:

LXXII - conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; (Negrito nosso).

Como já mencionamos antes, o termo “retificação de dados” no direito brasileiro parece ter significado mais amplo do que simplesmente “correção”, englobando as atividades de acréscimo, supressão ou atualização, ao contrário da legislação estrangeira, que utiliza os termos “retificação”, acréscimo”, “supressão”, “atualização” como operações de tratamento de dados distintas.

Sob esse aspecto, a garantia do “habeas data” está mais voltada ao direito de acesso aos dados pessoais do que à proteção de certos dados pessoais considerados “dados sensíveis”.

Outrossim, mesmo com a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet no Brasil, não há um conjunto de disposições específicas que garantam o direito amplo à proteção de dados pessoais.

Na verdade, o artigo 3º da Lei do Marco Civil da Internet brasileira, quando fala dos princípios que devem nortear o uso da Internet no Brasil remete a regulamentação do direito à proteção de dados pessoais a outra lei ainda a ser editada:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (Negritos nossos).

12 Atualmente, este órgão de controle é a Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, vinculado ao Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Da leitura do dispositivo, pode-se perceber a diferenciação entre o direito à privacidade e o direito à proteção dos dados pessoais, como já ressaltamos anteriormente. De outra sorte, há regras esparsas relacionadas ao direito do consumidor, como o artigo 43 do Código do Consumidor (CDC):

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. (Negritos nossos).

(...)

Além disso, a Lei de Acesso à Informação Federal, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no art. 6º, prevê a proteção aos dados pessoais que sejam constantes de registros governamentais.

Não obstante, há um anteprojeto do Poder Executivo, que está sob consulta pública, que incorpora muitos aspectos do modelo europeu de proteção de dados. Pode-se também falar em uma seção específica destinada ao tratamento dos “dados pessoais sensíveis”.

Da mesma forma, tramitam no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 181/2014, o Projeto de Lei nº 330/2013, o Projeto de Lei nº 407/2013 e o PLS nº 363/2011, originários do Senado Federal e o Projeto de Lei nº 21/2014, provenientes da Câmara dos Deputados relacionados ao direito à proteção de dados pessoais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à proteção de dados pessoais vem, pouco a pouco, consolidando-se como um importante direito na esfera dos direitos humanos. Embora esteja mais relacionado ao que os doutrinadores clássicos denominam “direitos de primeira geração”, como o direito à intimidade e à vida privada, com efeito, o direito de ter algum domínio sobre as informações que lhe digam respeito deve fazer parte do elenco das democracias garantistas de qualquer parte do Mundo.

Na verdade, o assunto “direito à proteção de dados pessoais” sob a visão dos direitos humanos ainda é pouco estudado no Brasil. Nossa legislação ainda é muito incipiente para garantir, por exemplo, os direitos que são previstos no modelo de proteção de dados da Europa Continental.

Somente nos últimos anos, a expansão da Internet, das compras “on line” e do uso crescente de bancos de dados automatizados é que o Estado brasileiro começou a pensar em regulamentar seriamente a matéria. Assim, o anteprojeto da Presidência da República e os projetos de lei em tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional são alvissareiros.

Sob outro aspecto, podemos visualizar duas grandes escolas do direito à proteção de dados pessoais: a europeia e a americana.

A escola Europeia, profundamente influenciada pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, busca a proteção contra o uso indevido das informações pessoais e de dados que possam levar à discriminação e à retirada de direitos. Além disso, cria uma Autoridade de Controle para monitorar o respeito à regulação do direito à proteção de dados pessoais. O modelo americano de proteção de dados pessoais privilegia

o direito de acesso à informação em detrimento da confidencialidade de determinados dados. Nesse modelo não há o conceito de “dados pessoais sensíveis”, pelo menos não na extensão que é conferida pelas regras inspiradas no modelo europeu. Em geral, os poucos dados pessoais sensíveis estão relacionados à segurança nacional e à defesa da ordem pública.

Além disso, da análise das várias regulamentações que foram apresentadas, podemos perceber o respeito a alguns princípios, como por exemplo:

- 1) Princípio da Lealdade;
- 2) Princípio da Legalidade;
- 3) Princípio da Especificação do Propósito/Finalidade;
- 4) Princípio da Limitação do Uso;
- 5) Princípio da Necessidade;
- 6) Princípio da Segurança;
- 7) Princípio do Acesso à Pessoa Interessada;
- 8) Princípio da Participação Individual.

Ainda a título de conclusão, ressaltamos que o estudo do direito à proteção de dados pessoais se constitui em tarefa de grande alcance, do qual nos desincumbimos muito preliminarmente, vindo a se tornar em nosso entendimento, matéria a ser exaustivamente estudada e regulamentada por todas as nações que norteiam sua vida em sociedade pelo respeito aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina: texto de 1853/60 con las reformas** de 1866, 1898, 1957 y 1994. Tratados Internacionales con jerarquía constitucional/comentado por Alberto R. Dalla Via.- 3ªed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

ARGENTINA. Lei nº 25.326, de 30 de outubro de 2000 (**Lei de Proteção de Dados Pessoais/ Lei de Hábeas Data**). Disponível em <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/textos%20actualizados/25326.010408.pdf>.

BASTERA, Marcela I. **Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 227-228.

BRASIL. **Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em <http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em 07 de abril de 2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 07 de abril de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/legislacao/CONST/>. Acesso em 07 de abril de 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**(Marco Civil da Internet brasileira).Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em 07 de abril de 2016.

CHILE. **Lei nº 19.628, de 30 de agosto de 1999**. Disponível em <http://www.leychile.cl>. Acesso em 07 de abril de 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal**. Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078afa>. Acesso em 07 de abril de 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 183.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Freedom of Information Act**. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2012-title5/pdf/USCODE-2012-title5-partI-chap5-subchapII-sec552a.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2016.

GREGORIO, Carlos G. **Protección de Datos Personales en América Latina — Juan Pérez ante una**

disyuntiva de progreso y bienestar, en Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina, Grace Benalcazar, Galina Tapia y Erick Iriarte Ahon (eds.) 47-63, UNESCO-Alfa Redi, Lima, 2007.

MÉXICO. **Ley Federal de Transparencia y acceso a la Información Pública Gubernamental**. Disponível em http://www.dof.gob.mx/avisos/2493/SG_090516/SG_090516.html. Acesso em 20 de maio de 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. Disponível em <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Constituição Política do México de 1917**. Disponível em http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 95/46/CE. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 07 de abril de 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 07 de abril de 2016.

A PENHORABILIDADE PARCIAL DO SALÁRIO DO DEVEDOR FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Aline Lourenço de Ornel*¹³

RESUMO

A regra da impenhorabilidade salarial protege a dignidade do devedor e de sua família, somente sendo excepcionada em situações estritas. Ocorre que, não raras vezes, a impenhorabilidade é utilizada como uma *cortina de fumaça* para acobertar a má fé de quem não quer honrar seus compromissos, servindo como um instrumento de fraude contra credores ou contra a execução. Nestes casos, deve ser relativizada pelas mesmas razões que a sustentam, quais sejam, também respeitar a dignidade da pessoa humana do credor e observar os princípios da equidade, boa fé, razoabilidade e proporcionalidade, servindo, ainda, como uma homenagem à efetividade das tutelas jurisdicionais.

Palavras-chave: penhora; salário; possibilidade.

13 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - ano de 2009.
Especialização em Direito Processual Civil pela Anhanguera - LFG - ano de 2011.
Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires - em andamento
Advogada na cidade de Pelotas/RS - desde 2010.

1. INTRODUÇÃO

Ao lado da *utopia* de Galeano (1994, p. 12), confortavelmente acomodada lá no horizonte, está a efetividade das tutelas jurisdicionais. Assim como aquela serve para que todo indivíduo que a busque não deixe de caminhar, esta cuida para que o Judiciário não desista de evoluir e de ser acreditado pelos cidadãos. Muito já se progrediu ao longo das décadas, porém, o ordenamento jurídico pátrio ainda está longe de prestar aos seus jurisdicionados uma tutela plena, eficaz e célere. Eis a razão pela qual não se pode perder de vista aquele princípio da efetividade, sempre distante, inalcançável, mas nunca longe dos olhos daquele jurista que se posiciona na direção certa.

O cotidiano forense revela as agruras enfrentadas pelos operadores do direito, as quais são muitas e de natureza diversa. Todos aqueles que atuam em ações judiciais (advogados, promotores ou juízes), certamente já passaram por muitas dificuldades burocráticas e injustas no cotidiano forense. Entretanto, por mais que tenham sentido nos ombros o peso negativo de um sistema falho, suas dores e lamentações não são maiores do que o prejuízo suportado pelas partes.

No âmbito cível, a fragilidade da efetividade da tutela jurisdicional se mostra latente em muitos aspectos. Ao optar pela via judicial, o demandante enfrenta as mais diferentes adversidades, as quais vão desde um adversário maldoso - que faz de tudo para protelar o feito - até a existência de varas judiciais lotadas de processos e com poucos servidores, dentre outros martírios forenses. Ao final, quando recebe o sinal verde do Judiciário para promover a satisfação concreta do seu crédito, o credor muitas vezes descobre que a sentença judicial só servirá para ser emoldurada e pendurada na parede como uma tela de *natureza-morta*¹⁴, pois o vencido não pode ou não tem interesse em pagar a dívida. É neste momento que o credor percebe que a árdua batalha judicial travada com o devedor e com o próprio sistema jurídico_ foi em vão porquanto sairá do processo da mesma forma que entrou: sem receber o que lhe é devido.

Isto porque o procedimento expropriatório incide sobre o patrimônio do devedor, sendo vedada, em regra, a penhora salarial em face da natureza alimentar desta verba. Logo, se o devedor não pagar o débito e não tiver bens, o credor não obterá a satisfação do crédito. Ocorre que em muitas situações o devedor não possui patrimônio, mas auferir salário suficiente para garantir-lhe o sustento e também pagar o que deve, servindo a regra geral da impenhorabilidade salarial como uma *cortina de fumaça* para acobertar a má-fé de quem não quer honrar seus compromissos.

Acerca desta injustiça, as opiniões se dividem. Há quem sustente que a impenhorabilidade salarial só deva mesmo ser mitigada na hipótese legal de pagamento de dívida de natureza alimentar, sendo uma forma de garantir a dignidade do devedor e de sua família, além de homenagear a legalidade e a segurança jurídica. Dentre os partidários deste entendimento, é possível citar o procurador de assistência judiciária do Distrito Federal, Santana (2015, p. 02), que sustenta o seu posicionamento principalmente no artigo 649, inciso IV, do antigo Código de Processo Civil de 1973 e no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal. Também defende a impenhorabilidade salarial a renomada Dias (2006, p. 420), para quem é a efetiva garantia da dignidade humana do devedor.

Em entendimento contrário, Didier Jr. et al. (2011, v.5, p. 115) defende a flexibilização da penhora salarial com base em uma ponderação de princípios fundamentais. Também o professor Dinamarco (1998, p. 245) leciona no sentido de que as impenhorabilidades devem ser relativizadas para que não sirvam de escudos capazes de privilegiar o mau pagador, assim como Puchta (2013, p. 210), que defende a

14 Natureza-morta é um tipo de pintura e fotografia em que se vê seres inanimados, como frutas, louças, instrumentos musicais, flores, livros, taças de vidro, garrafas, jarras de metal, porcelanas, dentre outros objetos.

relativização das impenhorabilidades como imprescindível à obtenção de um sistema jurídico equilibrado e justo.

O Novo Código de Processo Civil manteve a regra da impenhorabilidade salarial (artigo 823), ressalvando apenas os casos de pagamento de dívida de natureza salarial e no caso de importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais. Não obstante isso, o presente trabalho pretende demonstrar que a penhora parcial de vencimentos segue sendo possível em situações diversas das estritas ressalvas legais.

Para tanto, será demonstrado que as razões que levaram os congressistas a afastar as diversas propostas existentes de flexibilização da impenhorabilidade pautaram-se em argumentos políticos e não jurídicos. Far-se-á um estudo doutrinário e jurisprudencial, demonstrando-se que os julgados pátrios caminham no sentido de possibilitar a penhora, além de uma análise dos princípios fundamentais. Demonstrar-se-á que a relativização da impenhorabilidade se sustenta nos Princípios da Efetividade da Tutela Jurisdicional, da Dignidade da Pessoa Humana, da equidade, da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade.

1.1 A regra geral da impenhorabilidade salarial à luz do Código de Processo Civil de 1973

De acordo com o artigo 591, do Código de Processo Civil de 1973, “o devedor responde para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Dentre estas restrições podem ser citadas aquelas previstas no artigo 649, do aludido Diploma, que traz uma lista de bens absolutamente impenhoráveis, dentre eles o salário do devedor, previsto no inciso IV:

“São absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

Esta regra está em consonância com a proteção salarial prevista pela Constituição Federal no Capítulo dos Direitos e Garantias fundamentais, em seu art. 7º, X: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Consoante observa Dias (2006, p. 463), “ao nominar os bens que ficam livres de penhora, tenta preservar a lei o indispensável para assegurar a dignidade do devedor e seus familiares”.

De acordo com Didier Jr. et al. (2011, v.5, p. 118):

“a impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada.”

Tais previsões buscam garantir a subsistência do devedor que se encontra ameaçado pela força executiva do Estado. Diante da (aparente) colisão entre o princípio da eficiência da prestação jurisdicional e o superprincípio da dignidade da pessoa humana, sem sombra de dúvidas este deve prevalecer. Não se pode assegurar a efetividade de uma prestação jurisdicional a qualquer custo, reduzindo-se o devedor à ruína. Também o Poder Judiciário tem o dever de respeitar o direito de existência digna do vencido em uma demanda judicial.

Entretanto, por outro lado, não se olvida o legislador da dignidade do credor que também busca garantir o sustento próprio através de uma execução de um crédito de natureza alimentar, tanto que permite a penhora salarial para os casos de pagamento de prestação alimentícia: “§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo (349, CPC) não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia”.

Atualmente, a Jurisprudência vem se dividindo acerca da natureza alimentar de determinadas verbas, sendo que a discussão do momento refere-se aos honorários advocatícios. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda não existe um consenso. Algumas câmaras entendem que a exceção prevista no §2º do artigo 649 do Código de Processo Civil deve ser interpretada restritivamente, de modo a permitir a penhora somente relativa aos alimentos em sentido estrito, não abrangendo honorários de sucumbência.

Neste sentido:

Ementa: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PLEITO DE PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE VERBA SALARIAL. DESCABIMENTO. O SALÁRIO DO TRABALHADOR, PROTEGIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 7º, INC. X), POSSUI CARÁTER ALIMENTAR E É INVOLÁVEL, POIS SE DESTINA AO SEU PRÓPRIO SUSTENTO E DE SUA FAMÍLIA. NO MESMO SENTIDO, ALLÁS, O ART. 649, IV, DO CPC. DESSA FORMA, NÃO HÁ FALAR EM CONSTRIÇÃO DE PARTE DOS VALORES PERCEBIDOS PELO AGRAVADO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NESTE SENTIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70060221504, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 31/07/2014).

Entretanto, outras câmaras já admitem a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a possibilidade de penhora salarial para pagamento de dívidas desta natureza:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE VERBA DE NATUREZA SALARIAL. POSSIBILIDADE. O Superior Tribunal de Justiça recentemente reviu seu posicionamento, passando a considerar os honorários advocatícios - sejam eles contratuais ou advindos da sucumbência - créditos de natureza alimentar. Logo, aplica-se à execução de honorários a exceção à regra geral da impenhorabilidade dos salários e vencimentos, exceção esta expressamente prevista pelo Código de Processo Civil, art. 649, § 2º. Cabível, portanto, a penhora sobre o salário líquido da executada, desde que a constrição não inviabilize a sua própria subsistência. Desta forma, o bloqueio não deve exceder, mensalmente, o limite de 15% sobre os rendimentos líquidos da devedora. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70062097704, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 16/10/2014)

O Superior Tribunal de Justiça também admite a possibilidade de penhora salarial para pagamento de honorários advocatícios, por entender o nítido caráter alimentar desta verba:

AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA ON LINE DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE, DADA A NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA EXECUTADA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 649, § 2º, DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. (...)

2. A jurisprudência desta Corte estabelece que os honorários advocatícios constituem verba de natureza alimentar, sendo possível, nesse caso, a penhora on line dos vencimentos do devedor, para a satisfação do débito. (AgRg n o AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 32.031 - SC 2011/0173714-6 – Julgado em 10 de dezembro de 2013)

1.2 A impenhorabilidade salarial à luz do Novíssimo Código de Processo Civil

Com o projeto de lei do novo Código de Processo Civil (PL 6025/05) surgiu a esperança de se por fim à discussão, pois havia a previsão expressa da possibilidade de se penhorar até 30% (trinta por cento) do salário de devedores que excedesse seis salários mínimos (calculados após descontos obrigatórios).

No entanto, a referida previsão foi suprimida do projeto por motivos políticos e não jurídicos. Segundo Oliveira (2015, p. 2):

A possibilidade da penhora foi uma dentre as várias alterações que o texto sofreu na Câmara dos Deputados, esta apresentada pelo antigo relator da matéria, o então deputado Sérgio Barradas Carneiro, suplente, que deixou o mandato após a volta do titular.

Porém, segundo o atual relator do projeto, o deputado Paulo Teixeira do PT de São Paulo, esta previsão será retirada do projeto e nem chegará a ser votada na comissão especial. Pois, segundo ele, a retirada do dispositivo se deu para facilitar a aprovação do projeto, que assim tentou justificar:

Do ponto de vista político, eu comecei a perceber que havia resistência em diversos partidos. Então, nós retiramos a penhora do salário. Ao mesmo tempo, nós propusemos uma forma engenhosa quando se trata de penhora de bens que estejam em circulação em negócios. Porque às vezes você tem uma empresa e, se você penhora o capital da empresa, você inviabiliza a empresa. Nós, então, estamos estabelecendo uma forma que assegura que outros bens possam garantir aquela dívida e não exatamente o capital daquela empresa.

Desta forma, o novíssimo Código de Processo Civil manteve a regra da impenhorabilidade:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

A única ressalva diz respeito ao seguinte:

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Observa-se que o legislador excepcionou a regra da impenhorabilidade salarial apenas para os casos de prestação alimentícia e para as importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais. Em termos práticos, mudanças não serão sentidas, posto que a primeira exceção já era prevista e a segunda, apesar de nova, atingirá uma minoria, eis que na realidade brasileira poucos são aqueles que auferem quantias tão elevadas quanto aquela prevista pelo dispositivo supracitado.

Como se vê, perdeu-se ótima oportunidade de solucionar a questão que vem causando acirrados debates jurídicos. Isso porque o entendimento jurisprudencial que vem se robustecendo é o de que os valores obtidos a título de salário são impenhoráveis somente até os limites necessários à subsistência do devedor e de sua família. Neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA SALARIAL. A jurisprudência desta Corte tem mitigado o princípio da impenhorabilidade salarial, a fim de alcançar a efetividade da prestação jurisdicional nos casos em que o devedor receber robustos vencimentos e mesmo assim, não adimplir o débito. Possibilidade de penhora de 10% sobre os rendimentos do agravado. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70062273149, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 18/03/2015)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. PENHORA DE 30% PROVENTOS DO EXECUTADO. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE PARCELA DE SALÁRIO EM CASOS EXCEPCIONAIS. Em suas razões recursais o agravante não apresentou elementos fortes que indiquem o comprometimento de sua subsistência e de sua família, limitando-se em argumentar pela impenhorabilidade do salário. No mais, analisando-se as informações colacionadas aos autos via sistema Infojud percebe-se que o agravante teve rendimento de R\$ 68.626,00 (exercício de 2013), possui três dependentes, mas não possui descontos em seu salário concernente a pensão alimentícia ou outros descontos. Ainda, é proprietário de um apartamento e não possui elevados valores em dívidas. Ademais, a juíza singular justificou o deferimento da penhora sobre parcela dos proventos do executado em razão de que o próprio contrato de empréstimo que gerou a execução de título previa, na cláusula sétima, a autorização de descontos em folha de pagamento das prestações decorrentes do contrato, referindo que comportamento diverso violaria a cláusula do nemo potest venire contra factum proprium. Efetivamente, o pacto inicial do contrato previa descontos em folha de pagamento, o que faz presumir que os descontos não prejudicarão o sustento do executado e família. Até porque, como acima afirmado, o agravante não juntou elementos que demonstrem dificuldades financeiras irremediáveis. Agravo de instrumento improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70062498258, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 25/02/2015).

Na mesma direção também se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DÍVIDA APURADA EM INVENTÁRIO. OMISSÃO EAUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE.

1.- Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

2.- A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ), tendo em vista a recalitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato de o valor descontado ser módico, 10% sobre os vencimentos, e de não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família. Precedentes.

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 128597 - Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) - Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 27/05/2014 - Data da Publicação/Fonte - DJe 08/09/2014)

Com efeito, os tribunais passaram a perceber que os credores não estavam tendo seus créditos satisfeitos inclusive nas situações em que os devedores possuíam salários suficientes e que a ausência, em muitos casos, de patrimônio penhorável tratava-se de verdadeira manobra jurídica fraudulenta. Lamenta-se, pois, que esta decisão legislativa tenha sido adotada por força de “barganha política”, a fim de facilitar a aprovação do projeto pelos congressistas.

1.3 A persistência da possibilidade de relativização da impenhorabilidade salarial

Não obstante a nítida opção do legislador pela regra da impenhorabilidade salarial, a sua relativização ainda encontra amparo nos princípios da dignidade humana, da equidade, da efetividade das tutelas jurisdicionais, da boa fé, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A regra da impenhorabilidade salarial deve ser flexibilizada pelas mesmas razões que a sustentam. O credor, assim como o devedor, também é sujeito de direitos fundamentais e deve ter a sua dignidade respeitada, sobretudo quando busca na Justiça a satisfação de um crédito necessário ao sustento próprio e da família ou, até mesmo, para a manutenção de seu padrão de vida. Acerca da dignidade da pessoa humana, Sarlet e Figueiredo (2008, p.21) observam que:

“De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade””.

Portanto, é preciso preservar a dignidade de ambos os litigantes. Deve-se garantir a satisfação concreta do crédito pelo credor, sem que haja a ruína do devedor. Deste modo, ao conciliar-se a dignidade de ambos os litigantes, homenagear-se-á também o princípio da equidade, oportunizando a cada uma das partes o que lhe é de direito.

Conforme já salientado, ambos os litigantes possuem direito a uma existência digna. Portanto, cabe ao magistrado exercer um controle de constitucionalidade no caso concreto, afastando ou mitigando a impenhorabilidade sempre que houver um desequilíbrio irrazoável ou desproporcional entre as partes. É o caso de se buscar uma ponderação, isto é, conciliar, ao mesmo tempo e diante de interesses antagônicos, os direitos fundamentais dos dois lados.

É como afirma Marinoni e Arenhart (2011, v.2, p. 58):

Na verdade, para que o processo seja efetivamente democrático, não basta que ele trate de forma igualitária a todos aqueles que dele participam, mas é também necessário que ele seja instituído para todos, sem tratar de forma diferente aqueles que não merecem esse tratamento.

E preleciona Guerra (2012, p. 165):

(...) as restrições aos direitos fundamentais não são, em princípio, ilegítimas. Devem, no entanto, estar voltadas à realização de outros direitos fundamentais e podem, por isso mesmo, estar sujeitas a uma revisão judicial que verifique, no caso concreto, se a limitação, ainda que inspirada em outro direito fundamental, traz uma excessiva compressão ao direito fundamental restringido.

Na mesma linha, salienta Didier Jr. et al. (2011, v.5, p. 547 e 548):

Exatamente por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. As regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas de acordo com a metodologia de aplicação das normas de direitos fundamentais. O legislador estabelece a priori o rol dos bens impenhoráveis (art. 649 do CPC), já fazendo, portanto, um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado.”

Portanto, caberá ao magistrado a harmonização dos interesses, ou seja, a busca do equilíbrio entre as dignidades do credor e do devedor. Para a consecução deste fim, o julgador deverá realizar uma ponderação dos interesses postos, decidindo a causa com bom senso e amparado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, não se pode deixar de observar em todas as relações jurídicas o princípio da boa fé, que se divide em duas formas: boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva não ultrapassa a esfera psicológica do ser, as intenções e pensamentos do indivíduo. Já a boa-fé objetiva é aquela que é exteriorizada através de condutas humanas, impondo às partes um agir de acordo com um padrão ético objetivo de honestidade, respeito, diligência e confiança.

Gonçalves (2007, p. 302) leciona que a boa-fé objetiva está fundada na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses da outra parte, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo das relações jurídicas.

Segundo Vicenzi (2003, p. 159), a aplicação do princípio da boa-fé pode ocorrer de três maneiras. Primeiramente, no âmbito da interpretação das relações jurídicas, onde estas devem sempre ser interpretadas de acordo com a boa-fé. A segunda forma de aplicação se refere à criação de deveres de conduta que as partes devem ter ao participarem de uma relação jurídica. A terceira, por fim, diz respeito à função corretiva que este princípio possui que se manifesta justamente no âmbito da educação e conscientização da população.

Em relação ao último desdobramento, Vicenzi (2003, p. 159) explica que o princípio da boa-fé é aplicado para limitar o exercício de posições jurídicas de forma abusiva, ou seja, é aplicado para impedir que o exercício de um direito subjetivo cause prejuízos à sociedade ou a outros sujeitos. Aplicando-se esta lição ao assunto em tela, a boa fé busca evitar, portanto, que o agente fique amparado numa suposta legalidade, como a da previsão expressa de impenhorabilidade salarial.

Já com relação aos dois primeiros desdobramentos, conclui-se que aquele que contrai uma dívida deve pagá-la, assim como o credor que ingressa em uma relação jurídica o faz na confiança de que receberá o que lhe é devido, servindo ainda como um alerta à população em geral de que deve honrar seus compromissos.

Enfeixando todos estes princípios, restará, por fim, homenageado o princípio da efetividade das tutelas jurisdicionais.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que a jurisprudência vem flexibilizando a regra da penhora salarial, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Desta forma, a retirada - por motivos políticos e não jurídicos - do dispositivo que previa esta possibilidade do projeto do novíssimo Código de Processo Civil, configurou-se em uma estagnação da legislação, que deixou de acompanhar uma posição amadurecida acerca do tema, resultante de longos e incessantes debates jurisprudenciais e doutrinários.

Isto porque há muito já se percebeu que os credores não possuem seus créditos satisfeitos mesmo em situações em que os devedores possuem salários suficientes para pagar seus débitos, e que a ausência, em muitos casos, de patrimônio penhorável capaz de satisfazer a execução trata-se de verdadeira manobra jurídica, em nítida fraude contra credores ou conta a execução.

Todavia, não obstante a nítida opção do legislador pela manutenção da regra geral de impenhorabilidade salarial, a sua relativização não deixa de ser legítima e plenamente aplicável por



encontrar amparo nas mesmas razões que sustentam a regra geral, quais sejam, os princípios da dignidade humana, tratamento igualitário às partes, efetividade da tutela jurisdicional, boa fé, razoabilidade e proporcionalidade.

Assim sendo, caberá ao magistrado um juízo de ponderação para garantir a satisfação do crédito do credor por meio da penhora salarial, mas sem levar o devedor e sua família à ruína. Agindo assim, tratará igualmente as partes, preservará os direitos fundamentais de ambos os litigantes e garantirá, por fim, a efetividade da tutela jurisdicional.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2006.

DIDIER JR., Fredie, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. **Curso de direito processual civil**. Execuções. V.5, 3 ed, Ed podium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 245 apud REGO, Priscila Ramos de Moraes. **A penhora parcial de salário como instrumento à efetiva prestação jurisdicional**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11636> Acesso em: 04 de abril de 2015.

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes** - Página 310. Publicado por Siglo XXI, 1994, ISBN 9682319013, 9789682319013

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**.

INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. **Processo de conhecimento**. 9 ed. 2011. Vol. 2.

OLIVEIRA, Josildo Muniz de. **A relativização da impenhorabilidade do salário e o Novo CPC**. Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-relativizacao-da-impenhorabilidade-do-salario-e-o-novo-cpc-6685789.html> (acesso em 09/03/15, às 02:28)

PUCHTA, Anita Caruso. **Penhora de dinheiro on line**. Editora Juruá. 2013.

SANTANA, Cláudio Ribeiro. **A impenhorabilidade absoluta de salários e pensões**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-impenhorabilidade-absoluta-de-salarios-e-pensoes,36885>.

html. Acessado em 04 de abril de 2015, às 10:55.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003. Pág. 159.

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO NAS LICITAÇÕES: COMO O CONTROLE INTERNO PODE EVITAR ALGUNS DOS PRINCIPAIS EQUÍVOCOS COMETIDOS NA ELABORAÇÃO DO CERTAME

Andréia Chagas de Andrade¹⁵

RESUMO

Este trabalho tem como temática a importância do controle interno nos certames licitatórios e como podem ser evitados os principais equívocos cometidos na elaboração dos certames. Foram realizadas pesquisas em determinado órgão público, na qual foram analisados 100 (cem) certames licitatórios, identificando vícios sanáveis e insanáveis. No intuito de enriquecer o trabalho, foi feita entrevista com representante do Ministério Público, acerca dos principais equívocos encontrados. Assim, além de apresentar os resultados das pesquisas realizadas, ao abordamos o tema central, concluímos que através de uma atuação eficiente e com as práticas descritas no estudo, é possível evitar muitos equívocos, proporcionando lisura e transparência na aplicação do recurso público. A metodologia de estudo utilizada foi a pesquisa quantitativa, que permite um trabalho objetivo e estatístico, utilizando dados mensuráveis. Também foi utilizada pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Licitação. Controle Interno. Vícios em Licitações.

15 Graduada em Direito - UNIPAC/ Barbacena. Pós Graduada em Direito Público - REDE LFG

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem escrito sobre o tema Planejamento, Eficiência e Controle das Licitações, dos Contratos Públicos e dos Procedimentos de Seleção de Pessoal nos dias atuais.

Dentre os autores que se dedicaram a estudar o assunto devemos citar José dos Santos Carvalho Filho (2010, pág 123)¹⁶, que ao explicar acerca da natureza jurídica do controle da administração pública, aduz que o mesmo “é princípio fundamental da administração pública”, e com fundamento no decreto lei 200/67¹⁷, art. 6º, incisos “I” a “V” – citamos alguns princípios oportunos: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência, controle. Portanto, há previsão do controle como princípio fundamental da administração pública. Embora previsto na esfera federal, ele também deve ser observado em outras esferas.

Com o fortalecimento da estrutura do Estado Democrático de Direito, as administrações públicas se veem cobradas pelo povo ao qual servem. Exige-se, pois do gestor atual qualidades morais para o trato da *res publica*. A boa administração é, cada vez mais, além de administração eficiente, administração honesta.

A visão legalista do Estado se fortalece cada vez mais, sendo elucidativa a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1998 p.256)¹⁸, ao tratar o assunto, corroborando a necessidade cada vez maior de se manter a legalidade da função estatal,

"... as dimensões éticas do Estado contemporâneo se viram imensamente ampliadas no correr deste século, não só com a definitiva sedimentação da legalidade, essencial à realização do Estado de Direito, mas com o viçoso ressurgimento autônomo da legitimidade, essencial à realização do Estado Democrático e, ainda, como conquista *in fieri*, a introdução da licitude, também como valor autônomo, capaz de levar à realização do Estado de Justiça no próximo milênio." (Neto,1998 p. 256)

Ainda, deve ser lembrada a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 893)¹⁹ sobre o tema, *in litteris*:

Tem-se por controle da administração pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.

A legislação pátria também esteve atenta às discussões mais atuais sobre o assunto, ao disciplinar, por meio da Lei n. 8.666/93²⁰, a seguinte tratativa do tema:

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123

17 BRASIL. Decreto Lei nº 200/67. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.256

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros,2009, p.893

20 BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:[...] (BRASIL, 2015)

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988²¹ , em seu art. 70, assinala:

Art. 70 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL, 2015).

Com tal dispositivo, o legislador pretendeu possibilitar ao gestor público mecanismos que viabilizassem o controle da Administração Pública, determinando inclusive a responsabilidade solidária ao órgão de controle interno. Trazendo o raciocínio para o presente estudo, temos que é de suma importância a atuação preventiva e efetiva do Controle Interno, quando da realização dos Certames Licitatórios, eis que não raro a maioria dos equívocos cometidos durante a elaboração dos processos licitatórios poderiam ter sido evitados e ou sanados.

Acreditamos que, para atingir a vontade do legislador, falta à Administração a compreensão do quão importante é o papel do controlador interno no desenrolar do serviço público, possibilitando ao referido servidor mecanismos que garantam sua atuação, capacitando-os e cobrando uma atuação prévia, concomitante e posterior aos atos públicos, o que muitas vezes não acontece, quer seja por subordinação (ocupando cargos de livre nomeação e exoneração), quer seja por falta de conhecimento.

O sistema de controle da atividade administrativa também tem mostrado sua atenção aos desafios impostos pelo tema, a exemplo da decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais²², que chama a atenção para a seguinte falha:

[...]

A Prefeitura deveria ter adotado o sistema de registro de preços, precedido de ampla pesquisa de mercado, para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, nos termos do art. 15, §§ 1º a 6º, da Lei Federal n. 8.666/93. Tal procedimento possibilitaria ao Município um gasto mais racional dos recursos do erário municipal. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo Administrativo n. 692.219. Relator: Cons. Mauri Torres, Segunda Câmara. Sessão do dia 13 set. 2012).

A própria Revista Científica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais mostra a relevância do assunto para o sistema de controle, ao publicar o artigo de Harley Fabiany Junqueira Cobra²³, que aponta:

21 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

22 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo Administrativo n. 692.219. Relator: Cons. Mauri Torres, Segunda Câmara. Sessão do dia 13 set. 2012. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/228650>>. Acesso em: 01 dez. 2015

23 COBRA, Harley Fabiany Junqueira. As auditorias operacionais como mecanismos de controle dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 17-34, out./dez. 2014.

[...]

A discussão sobre a forma de controle a ser exercida sobre esses atores está diretamente ligada ao conceito de accountability. Como não existe um consenso sobre a tradução mais adequada ao termo accountability, podemos dizer que esta palavra está associada ao conceito de que os agentes públicos devem prestar contas e se responsabilizar pelos seus atos e decisões tomadas enquanto gestores, o que resulta na necessidade desses agentes de prestar contas e manter a transparência de seus atos de forma que sociedade civil possa fiscalizar, a qualquer tempo, as atividades da administração. (COBRA, 2014, p. 19)

[...]

Em determinado município, a situação chama a atenção e desperta a necessidade de uma pesquisa aprimorada, pois, após uma pesquisa *in loco*, verificou-se que a grande maioria dos equívocos cometidos durante a elaboração dos certames licitatórios poderiam ter sido evitados e ou sanados em uma atuação eficiente do Controle Interno.

Neste sentido, o presente estudo objetiva a conscientização acerca da necessidade de se ter um controle interno eficiente e capaz, conhecedor dos procedimentos legais inerentes às aquisições públicas e que conseqüentemente vai colaborar com a otimização dos serviços públicos e apontamento de eventuais equívocos em tempo hábil de correção, possibilitando à Administração Pública atingir a proposta mais vantajosa com estrito respeito aos princípios da legalidade, moralidade e probidade.

Este objetivo motivou o presente estudo, que pretende, após a realização de pesquisas em casos concretos, na qual foi possível verificar as principais falhas cometidas na elaboração dos certames, nortear o servidor do controle interno para os principais pontos a serem auditados, evitando equívocos e ou sanando-os em tempo hábil, além de instituir uma base de dados para futuras análises.

A doutrina até então produzida sobre a matéria já conseguiu, como vimos, elucidar muitos pontos críticos sobre o tema. No entanto, na prática executada no serviço público, percebe-se que ainda faltam muitas questões a serem estudadas. Uma dessas questões é o objeto da pesquisa que se propõe, ao tentar responder às perguntas: A falta de atuação eficiente do Controle Interno nos processos de licitação contribui para ocorrência de irregularidades? Como pode atuar o auditor no intuito de evitar vícios?

Assim sendo, buscando responder às questões levantadas, o presente trabalho está estruturado da seguinte forma: no primeiro capítulo está a introdução, com o contexto, justificativa e objetivos da pesquisa, no segundo capítulo foi exposta a metodologia utilizada no presente estudo e no terceiro capítulo é apresentada a fundamentação teórica, tratando superficialmente das generalidades das licitações, dos mecanismos de controle e mais especificamente da importância do controle interno, com a apresentação dos resultados de pesquisas aplicadas que subsidiaram a identificação de como pode o controle interno evitar os principais equívocos cometidos.

2. METODOLOGIA

O presente estudo utilizou como método, além de pesquisas bibliográficas, o levantamento dos principais equívocos cometidos nos certames licitatórios e conseqüentemente os pontos principais a serem observados pelo Controle Interno, através de uma pesquisa quantitativa, realizada através de entrevista com representante do Ministério Público Estadual sobre Ações Cíveis Públicas que apontam irregularidades em licitações e acerca da possibilidade de serem ou não sanados os vícios mais recorrentes dos certames, bem como através de levantamento das mais recentes decisões do TCE que geraram multas e ressarcimentos, e ainda, através de um estudo efetuado por amostragem, no órgão público que trabalho,

realizando uma espécie de auditoria nos processos licitatórios em anos pretéritos, avaliando o percentual de irregularidades mais recorrentes e dentre eles, quais poderiam ter sido sanados com a atuação do controle interno, evitando-se a atuação do controle externo/ jurisdicional.

A pesquisa quantitativa permite um trabalho objetivo e estatístico, utilizando dados mensuráveis. Com isso, o presente estudo permitirá estudos e análises futuras, possibilitando o acompanhamento da evolução dos trabalhos do Controle Interno e do Departamento de Compras e Licitações dos órgãos públicos.

Eis, em linhas gerais, o estado da arte, objetivo e método do Projeto que se pretende realizar.

3. FUNDAMENTAÇÃO E ANÁLISE DE RESULTADOS

3.1 Princípio constitucional da licitação pública

A Constituição Federal de 1988²⁴ trouxe, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a menção expressa ao dever de licitar, preconizado no inciso XXI do art. 37, como forma de garantir a transparência e probidade na gestão da coisa pública, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, podemos concluir que licitação pública é um processo administrativo que precede à contratação entre o particular e o Estado. São as atividades instrumentais que dão segurança ao Estado, abrindo a todos os cidadãos a oportunidade de participarem da Administração Pública, através da oferta de bens e serviços em condições de igualdade.

A Lei Federal 8.666/93 traz normas gerais acerca das licitações, sendo um importante instrumento de direcionamento dos certames. E nos termos do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação. Assim, o poder regulamentar dos Estados, Distrito Federal e Municípios em normas de licitação deve limitar-se à competência suplementar (ou complementar), sendo certo que matéria já preceituada pela norma federal (norma geral) não dará lugar a competência suplementar.

Meirelles, (2003, pag. 264)²⁵, já na definição de licitação, vincula o procedimento a alguns princípios administrativos:

24 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13/04/2016

25 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. Edição São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 264.

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes, para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Existem 6 (seis) modalidades de licitação pública, tal seja leilão, convite, pregão, concurso, concorrência, tomada de preços. Além destas, podemos citar também as consultas, prevista na Lei Geral de Telecomunicações para as contratações de bens e serviços não comuns, cuja aplicação é restrita a Anatel.

As contratações diretas, quando expressamente autorizadas em lei, se realizam por dispensa ou inexigibilidade de licitação. As circunstâncias de aplicação de cada uma delas bem como suas especificidades fogem ao objeto deste estudo.

Contudo, é oportuno explanar sobre os princípios básicos que regem a licitação, pois são eles que nortearão todos os atos do controlador interno no exercício da fiscalização dos certames. Assim, através da análise da legislação aplicável à espécie, podemos afirmar que a licitação deve obediência aos princípios que abaixo listamos:

Princípio da isonomia, que garante a condição de igualdade entre todos perante a lei. Vincula incondicionalmente as manifestações da Administração Pública e deve ser considerado em sua cristalina função de impedir discriminações e privilégios entre os licitantes. Na visão de GASPARINI (2003, pág.18), temos:²⁶

A Constituição Federal, no artigo 5º estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. É o princípio da igualdade ou isonomia. Assim, todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, tem o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais.

Princípio da Legalidade, segundo a qual o exercício do poder pelos órgãos do Estado deve ser absolutamente de acordo com o que preconiza a lei. Todos procedimentos estão dependentes ao comando da lei e às exigências do bem comum.

Desta forma, Lúcia Valle²⁷ (2001, pag.65) observa quanto a este princípio que deve ser interpretado mais extensivamente, porém com certa cautela:

Há de se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos. Toda via, aceitamos como já afirmamos anteriormente, a integração no Direito Administrativo, desde que cintada de cautelas.

Princípio da Impessoalidade, na qual podemos entender como a exclusão da promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas.

Significa dizer que neste princípio não deve haver interesse pessoal, o agente público deve agir sempre a favor do bem comum e não em defesa de interesses pessoais ou de terceiro interessado.

Hely Lopes de Meirelles²⁸ (2006, pág.91-92) conceitua o princípio da impessoalidade da seguinte forma:

26 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva 2003, pág. 18

27 FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 65.

28 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 91-92

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art., 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. [...] Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º).

Princípio da Moralidade, que exige do gestor padrões éticos em sua conduta, ligados à idéia de honestidade. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹ (2011, pág. 541) define da seguinte forma:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos presáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Princípio da publicidade, que estabelece que os atos da Administração Pública devem ser públicos, ou seja, acessíveis qualquer interessado, com exceção dos casos que envolvem privacidade e segurança estatal. Neste sentido, é oportuno registrar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo³⁰, (2011, pág. 541):

O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão.

Probidade administrativa que é decorrente do princípio da moralidade, porém tem contornos mais definidos, deve ser por ela conduzido, o que considera, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório que vincula a Administração Pública a seguir de forma estrita todas as regras que tenham sido previamente estipuladas para disciplinar e conduzir ao certame.

Princípio do julgamento objetivo, que preconiza que o julgamento deve seguir o que foi estipulado no edital, no intuito de coibir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

3.2 Mecanismos de controle da administração pública

O controle figura como uma das cinco funções universais da Ciência da Administração, a saber: prever, organizar, comandar, coordenar e controlar.

A Administração Pública atua por meio de seus órgãos e seus agentes, que são incumbidos do exercício das funções públicas, tal seja, da atividade administrativa. Verifica-se que a função administrativa é exercida nos três poderes, tipicamente pelo Poder Executivo e atipicamente pelos demais poderes (Poder Legislativo e Poder Judiciário).

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 541;

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 541.



Todavia, no manejo dos instrumentos à busca do interesse público, no gozo e uso dos poderes que são atribuídos aos agentes públicos para alcançar esses fins, podem os mesmos ultrapassar os limites legais e se acometer em abusos e ilegalidades. Por tal razão, tornam-se necessários fiscalização e controle dos atos da Administração Pública.

O controle dentro da administração pública pode ser entendido como o ato de vigiar, orientar e corrigir quem tem um poder, órgão ou autoridade sobre a conduta funcional do outro, atuando diretamente ou por meio de órgãos especializados, a sua atuação administrativa. Neste sentido, podemos citar Mileski³¹(2003, p.112):

Com o sentido de acompanhar e verificar a regularidade dos procedimentos de Gestão Fiscal, tendo em conta um planejamento elaborado com o atendimento do princípio da transparência, é necessária a existência de um sistema de controle que verifique e exija o cumprimento das normas, limites e obrigações contidas na Lei Complementar 101/2000, a fim de que os atos de gestão fiscal sejam realizados com responsabilidade e atendimento ao interesse público.

Portanto, estamos tratando do controle que tem a Administração Pública sobre suas próprias atividades, tendo como intenção a legitimidade de seus atos, ou seja, mantê-los dentro da lei, a defesa dos direitos dos administrados e a conduta adequada de seus agentes.

Há várias formas de controle na administração pública, sendo imperioso registrar as que mais se adequam ao objeto de nosso estudo³². Assim, registre-se que o controle pode ser caracterizado quanto aos órgãos incumbidos de exercê-lo, na qual existe uma tripartição, tal seja o controle legislativo, que é exercido pelo poder legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, controle administrativo, exercido no próprio âmbito administrativo, podendo ser tutelar ou hierárquico e por fim, controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário.

Quanto ao momento em que são realizados, podemos citar o controle preventivo ou prévio, verificado antes da realização do ato administrativo, controle concomitante, que é efetuado durante a realização o ato administrativo, sendo por muitos considerado o mais eficaz, e o controle subsequente ou corretivo exercido após a realização do ato administrativo.

E, conforme a posição do órgão controlador, temos o controle externo, que se realiza por órgão estranho ao que emanou o ato ou procedimento administrativo, a exemplo daquele realizado pelo Tribunal de Contas, pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo e o controle interno, que é exercido pelo mesmo ou outro órgão da administração de que emanou o ato.

3.3 A importância do controle interno na administração pública

O Controle interno tem como objetivo assinalar as faltas e os erros a fim de que se possa repará-los e evitar sua repetição. Na definição de Crepaldi (2010, p. 360)³³, o controle interno é:

[...]
os controles internos são todos os instrumentos da organização reservados à vigilância, inspeção e verificação

31 MILESKI, Helio Saul. O controle da gestão pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág.112.

32 Não será objeto deste estudo as várias formas de controle da administração pública, portanto registramos apenas os que mais interessam ao tema central.

33 CREPALDI, Silvio Aparecido. Auditoria Contábil: teoria e prática. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 360



administrativa, que possibilitam prever, observar, dirigir ou governar os fatos que acontecem dentro da empresa e que refletem em seu patrimônio.

De maneira geral, Reis (2003, p.165-166)³⁴, define o controle interno como:

O controle é a função pela qual a administração e o próprio contribuinte verificam que os propósitos, os objetivos, as metas e os recursos ou insumos a ele destinados, foram, respectivamente, alcançados e devidamente utilizados com eficiência e eficácia, sempre com vistas à preservação da integridade do Patrimônio.

No Brasil, podemos dizer que o Controle Interno na Administração Pública teve como marco inicial a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, ocorrido em 1936, cujas atribuições eram racionalizar a administração mediante simplificações, padronizações e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicações de métodos na definição de procedimentos. Foi nesse período que foi instituído o concurso para ingresso nos quadros de carreira da Administração Pública.

Fundamentado no artigo 76 da lei 4.320/64³⁵, o controle interno na Administração Pública Brasileira atua, durante a execução orçamentária, na legalidade dos atos que resultem arrecadação da receita ou a realização da despesa, no nascimento ou a extinção de direitos e obrigações, na fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos e no cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços. A já citada Lei 4.320/64 revela-se inovadora, eis que ao instituir o Orçamento Plurianual de Investimentos, o Orçamento Programa Anual e estabelecer como objetivo das novas técnicas orçamentárias a eficácia dos gastos públicos, acabou por consagrar os princípios do planejamento, do orçamento e do controle.

Como preceito constitucional, o controle interno aparece pela primeira vez na Constituição Federal³⁶ de 1967:

Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

Com a Constituição Federal de 1988³⁷, o controle interno foi estabelecido de maneira mais clara e objetiva, com funções e responsabilidades traçadas com base nos princípios básicos da Administração Pública, vejamos:

Art. 70 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

34 REIS, Heraldo Costa. Leituras de Administração Financeira Municipal. 1 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003, pág. 165-166

35 BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em 18/04/2016.

36 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 18/04/2016.

37 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 18/04/2016.

Art. 74 Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Oportuno registrar que ao analisarmos o texto constitucional vigente em comparativo com o dispositivo da Constituição anterior sobre o controle na administração pública, constatamos que o atual não se restringiu apenas aos aspectos financeiros e orçamentários, mas preconizou também que o controle ou a fiscalização, atuará sobre os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais.

Assim, na busca pela concretização dos objetivos e metas do controle interno, alguns princípios básicos precisam ser observados: uma só pessoa não deve acumular todas as funções dos grupos e nenhuma pessoa deve estar livre de controle porque ninguém deve acumular tanta autoridade, evitando-se o controle sobre si mesma. Via de consequência, a distribuição racional de funções é um dos princípios basilares do controle interno.

É sabido que cada poder deve se organizar e manter o seu próprio controle interno, evidenciando-se que o sistema deve operar de forma integrada. Porém, a partir da Lei Complementar nº 101/2000³⁸, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, foi introduzida uma nova estrutura estatal, com novas normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal, que pressupõe a ação planejada e transparente, prevenindo-se riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Assim, a citada lei estabelece um novo padrão de governar baseado no desempenho, responsabilização e dever de prestar contas ao cidadão.

Assim, verifica-se que o controle interno, além de surgir como uma exigência legal é uma necessidade gerencial, devendo ser realizado dentro da própria administração, através de um setor especializado e capaz, não somente orientando o gestor quanto à legalidade da despesa, mas cumprindo as funções instituídas na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, restou comprovado, através da análise dos dispositivos legais aplicáveis ao caso, o quão importante é o papel do controle interno. Especificamente no caso das licitações públicas, o controle tem papel primordial na elaboração do certame, porque pode atuar preventivamente, evitando equívocos, concomitantemente, colaborando na correta formalização do procedimento e posteriormente, sanando vícios passíveis de correção.

A obrigação de analisar os certames públicos decorre da obrigação constitucional de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão financeira dos órgãos e entidades

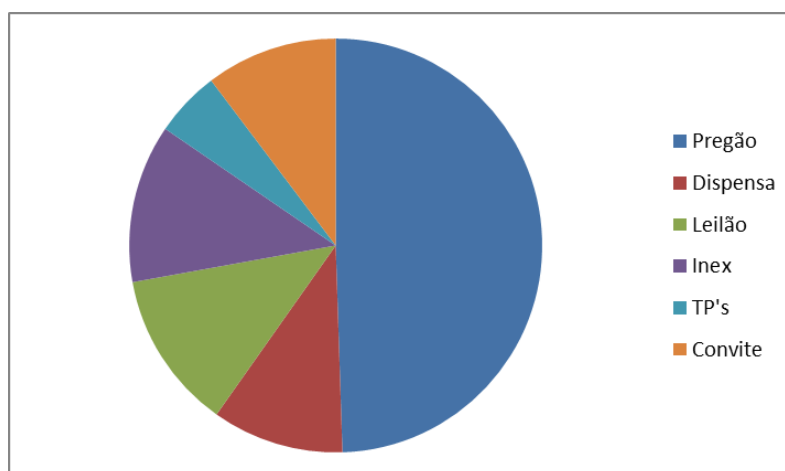
38 BRASIL. Lei Complementar 101 de 04 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 18/04/2016.

da administração federal, o qual, obviamente, também deve ocorrer na administração pública estadual e municipal.

3.4 Resultados das pesquisas aplicadas

Objetivando identificar os principais equívocos cometidos durante a elaboração dos certames licitatórios, realizamos uma espécie de auditoria “in loco”, em determinado Município de Minas Gerais, examinando 100 (cem) certames licitatórios que objetivavam aquisições e contratações públicas, realizados em anos pretéritos e escolhidos entre todas as unidades solicitantes.

Dentre eles foram auditados 48 (quarenta e oito) pregões presenciais, 12 (doze) inexigibilidades, 12 (doze) leilões, 5 (cinco) tomada de preços, 10 (dez) cartas convites, 10 (dez) dispensas e 3 (três) concorrências públicas, conforme nos mostra o Gráfico 1



Chamou-nos atenção a recorrência de falhas graves e que poderiam ser sanadas antes da contratação, tais como falta de preenchimento dos requisitos legais para inexigibilidade de licitação, (oito casos), dispensa indevida de licitação, (seis casos), erro na numeração das folhas (trinta e cinco ocorrências nos 100 processos auditados) e falta de planejamento (em todos os oito pregões que objetivavam contratação de empresa para realização de eventos festivos, verificou-se pouquíssimo lapso temporal entre a sessão pública do certame a efetiva prestação de serviço).

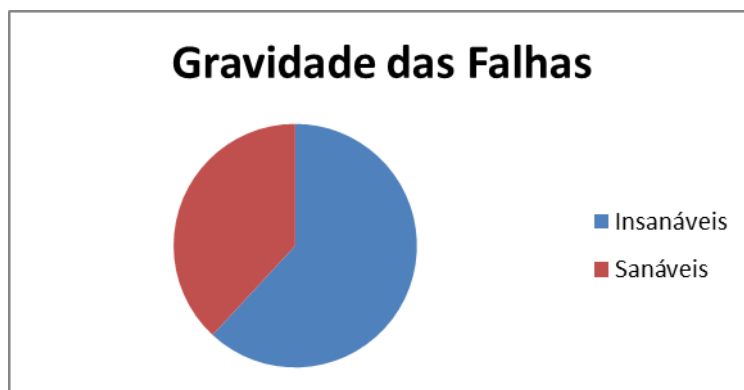
No intuito de dar mais respaldo ao presente trabalho acadêmico e objetivando auxiliar na valoração da gravidade de tais “falhas”, ponderando-as como vício sanável e vício insanável, referida listagem de falhas foi encaminhada ao Curador do Patrimônio Público da Comarca de Carandaí-MG³⁹, Dr. Rodrigo Silveira Protásio, que gentilmente emitiu sua opinião quanto às falhas sanáveis ou insanáveis⁴⁰.

Segundo o entrevistado, 13 (treze) falhas foram apontadas como vícios insanáveis, o que

39 Por questões de ética e para não expor o órgão público do município pesquisado, a entrevista com o membro do Ministério Público que enriquece o presente estudo, foi feita com representante da Curadoria do Patrimônio Público de outra Comarca.

40 Apenas a listagem das falhas encontradas foi encaminhada ao entrevistado, suprimindo-se o nome e município do órgão público estudado, bem como o número e ano dos certames auditados

comprometeria a legalidade dos certames, enquanto que 8 (oito) falhas foram entendidas como vícios sanáveis, conforme podemos observar do Gráfico 2:



Dentre as falhas insanáveis estão as Dispensas e Inexigibilidades indevidas, erros que mais aparecerem nos certames auditados.

Verifica-se o quão importante é a atuação preventiva do controle interno, que poderia ter evitado muitas das falhas apontadas.

Oportuno registrar que segundo o entrevistado, cerca de 25 (vinte e cinco) a 30 (trinta) ações civis públicas que envolvem licitações tramitam na Comarca de Carandaí, sendo que as falhas mais encontradas pela Curadoria do Patrimônio Público são as dispensas e inexigibilidades indevidas, o que coincide com o presente estudo elaborado no Município auditado.

Registre-se a listagem de falhas detectadas na já citada auditoria, classificadas pelo entrevistado como vícios sanáveis “S” e vícios insanáveis “I”:

- a) requisição interna de mercadorias feita de maneira subjetiva: I;
- b) falta de identificação do servidor responsável pela coleta de preços: S;
- c) falha na coleta de preços (indícios de conluio entre os comerciantes pesquisados): I;
- d) falta de autuação: S;
- e) falta de autorização da autoridade superior : I;
- f) falta de declaração de existência de dotação orçamentária/financeira: S;
- g) falta de parecer jurídico prévio: I;
- h) inexistência da minuta do contrato no edital:I;
- i) falta de previsão das sanções administrativas no edital: I;
- j) clausula abusiva em edital (Exigência de mais de uma declaração de capacidade técnica): S;
- k) escolha errada da modalidade licitatória: I;
- l) deficiência na publicidade (extrato de publicação mal redigido): I;
- m) falta de declaração de publicidade na carta convite: S;
- n) fracionamento em Carta Convite: I;
- o) falta de laudo de avaliação em Leilão: I;
- p) falta de comprovação de consagrado reconhecimento da critica especializada em contratação de artistas

por inexigibilidade: I;

q) falta de planejamento (principalmente em eventos festivos já existentes no calendário oficial) pouco espaço de tempo entre a sessão pública e a efetiva prestação do serviço: S;

r) numeração dos autos em duplicidade (ex: fl. 152, fl. 152 "A"): S;

s) falta de assinatura de todos os membros da CPL (Comissão Permanente de Licitação na Ata da Sessão Pública): S;

t) falta do ato de homologação do certame na qual ocorreu a contratação do licitante vencedor: I;

u) falta de juntada aos autos do contrato de prestação de serviços devidamente assinado pelas partes: I.

3.5 Atuação eficiente do controle interno visando evitar a recorrência dos principais equívocos encontrados

Através das pesquisas acima descritas, podemos perceber que os principais equívocos cometidos na elaboração dos certames licitatórios poderiam ter sido evitados com uma atuação eficiente do controle interno.

Segundo Attie (1992, p. 198)⁴¹, a importância do controle interno resta evidenciada "a partir do momento em que se torna impossível conceber uma empresa que não disponha de controles que possam garantir a continuidade do fluxo de operações e informações proposto."

Assim, o controle interno deve atuar em um processo amplo e contínuo, porque não está vinculado somente à atividade de controle, mas também ao planejamento das atividades a serem desenvolvidas no órgão, na avaliação, detecção e gerenciamento de riscos, na informação dos resultados obtidos em sua atuação e no monitoramento do desempenho das atividades planejadas e executadas.

Neste sentido, de acordo com o ensinamento de Botelho (2007, p.260)⁴², "O Sistema de Controle Interno não faz julgamentos, mas evita a condenação de agentes públicos e a dos servidores em geral".

Além de gerir com eficiência os recursos e o patrimônio público que lhe foram confiados, o gestor precisa evidenciar suas práticas administrativas de maneira transparente, executando ações apropriadas e adequadas. Garantir ao controle interno independência profissional através da estabilidade é a primeira e mais importante ação do gestor responsável: o controle interno não pode ter sua atuação coibida, de nenhuma maneira. Por isso é fundamental que tais cargos sejam providos por servidores de carreira, para que não haja o receio de desagradar a quem pode, a qualquer momento, demiti-lo. Além disso, aquele servidor deve perceber remuneração compatível com a função que desempenha.

Aliada à independência profissional, os servidores do controle interno precisam ser constantemente capacitados e conscientizados da importância de suas atribuições. Um controle interno eficiente garante legalidade, moralidade e eficiência na prestação dos serviços públicos.

Outra iniciativa importante é que o Controle Interno implemente um manual de procedimentos e rotinas dos procedimentos licitatórios, fixadas com base na legislação vigente. Com isso, será possível estabelecer os deveres e funções a cada um dos responsáveis pela unidade administrativa dentro da estrutura organizacional, bem como a ordem cronológica de todos os procedimentos.

Fixar a atribuição de cada servidor é importantíssimo no caso das licitações públicas. Por exemplo, verificamos que dos 100 (cem) certames auditados, 35 (trinta e cinco) tiveram erros na enumeração dos

41 ATTIE, Willian. Auditoria Interna. São Paulo: Editora Atlas, 1992, pág.198

42 BOTELHO, Milton Mendes. Manual prático de controle interno na administração pública municipal. Curitiba: Juruá, 2007, pág.260

processos. Contudo, não havia um servidor responsável para tal atribuição, sendo que vários servidores efetuaram a enumeração das folhas de um mesmo certame. Também não haviam servidores designados para coleta prévia de orçamentos, sendo que qualquer funcionário poderia exercer tal atribuição, o que pode contribuir na ocorrência de equívocos mais graves.

Fixados os deveres, atribuições e rotinas de procedimentos, devem os servidores responsáveis pela licitação segui-las com extremo rigor. Ora, os equívocos insanáveis e recorrentes encontrados nas pesquisas já citadas, tais como inexigibilidade e dispensa indevida, pressupõe que os processos licitatórios não foram enviados no momento oportuno para o crivo da assessoria jurídica, que extemporaneamente, foi obrigada a dar “ares de legalidade” aos certames.

E sobre este aspecto, é sabido que em muitos casos os servidores integrantes do Controle Interno não têm conhecimentos jurídicos capazes de avaliar a escolha correta da modalidade licitatória, contudo o simples envio tempestivo do certame ao crivo da assessoria jurídica, certamente evitaria a maioria destes graves equívocos. Assim, deve o controle interno, no manual de procedimentos e rotinas dos processos licitatórios, recomendar que todos os tramites, notadamente o envio do certame para parecer jurídico prévio e final, sejam rigorosamente respeitados.

Sabemos que a Administração Pública, por vezes, atua em caráter de urgência, devido a falta de planejamento dos setores, que interpelam os servidores responsáveis pela licitação solicitando aquisições céleres que supostamente não poderiam esperar o período legal das modalidades licitatórias.

Contudo um erro não pode justificar a ocorrência de outro erro. A falta de planejamento não pode ensejar uma dispensa indevida, por exemplo. No intuito de se evitarem tais erros, o controle interno precisa alertar todos os setores da necessidade de planejamento, criando metas e indicadores a serem atingidos.

Prevido resistências e possíveis falhas no processo, é imperioso a realização de constantes treinamentos e esclarecimentos oriundos dos deveres, obrigações e responsabilidades de todos os setores, deixando clara a finalidade e importância do controle interno.

No que se refere ao processo licitatório em si, o controle interno precisa se ater a todas as fases, desde a formalização do processo, com minuciosa a análise do edital, no intuito de verificar a existência de cláusulas que prejudiquem a concorrência, análise dos documentos apresentados pelos concorrentes e de toda a documentação inerente aos procedimentos realizados, reservando especial atenção às irregularidades detectadas, como a existência de documentos idênticos, mas de licitantes diversos, sem assinatura, não autenticados, não observância de prazos, erros na enumeração, etc.

Além disso, deve o controlador interno verificar aspectos como a demonstração da real necessidade de contratar por parte da autoridade administrativa, bem como deve analisar o valor do contrato em comparação com os valores de mercado, dando atenção especial à coleta prévia de orçamentos.

Desta feita, Neusa Coutinho Affonso⁴³, realiza brilhante síntese dos principais elementos que devem ser verificados para a detecção de fraudes em licitação e que certamente devem embasar a atuação do controle interno, senão vejamos:

43 AFFONSO, Neusa Coutinho. Fraude em licitações de obras públicas. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/site/media/encontro_tecnico/2004_mg/fraudes_licitacoes.pdf>. Acesso em: 19 abril 2016

Constituem elementos essenciais na detecção de fraude, devendo constar da Matriz de Planejamento as questões de auditoria relativas a:

- a regularidade formal e real dos procedimentos licitatórios;
- a situação física e jurídica dos licitantes;
- os termos e valores firmados;
- a situação das obras; e
- a identificação dos responsáveis envolvidos.

Para tanto, é imprescindível a elaboração de um roteiro de verificações, abrangendo as entidades envolvidas, como se apresenta a seguir:

1 — NO ÓRGÃO REPASSADOR: identificar os convênios, objeto da análise, e levantar os valores repassados, as datas dos repasses, verificando a situação da prestação de contas.

2 — NO SIAFI E SIAPE: verificar a situação dos convênios e levantar o rol dos gestores responsáveis (nome, CPF, endereço e período de gestão), certificando o registro da situação dos convênios e identificando os responsáveis e respectivos períodos de gestão.

3 — NA ENTIDADE INTERVENIENTE (Caixa Econômica Federal ou outro): solicitar contratos de repasse, cópia dos processos e relatórios de acompanhamento das obras, certificando o registro da situação dos convênios e identificando os responsáveis e respectivos períodos de gestão.

4 — NO ÓRGÃO EXECUTOR: a) analisar formalmente os procedimentos licitatórios, bem como a compatibilidade entre as datas e o local do recebimento dos convites, o domicílio das empresas convidadas, as datas do início da execução da obra e/ou data dos pagamentos, analisando a compatibilidade cronológica dos fatos; b) verificar os contratos firmados, listando os dados da empresa executante, bem como de seus sócios proprietários e representantes (realizar os mesmos procedimentos no caso de sub-rogação de contratos), confirmando o real executor da obra; c) listar, em planilha, os dados dos participantes das licitações, relativos a: nome das empresas participantes; endereço e área de atuação; composição acionária; data da constituição e do registro na Junta Comercial; identificação completa dos sócios proprietários e dos representantes legais (nome, CPF e endereço), apurando a existência de pessoas coincidentes nas sociedades; d) levantar a identificação completa dos membros da Comissão de Licitação e do responsável pelo Termo de Aceitação da Obra (nome, CPF, endereço), avaliando a sua participação em eventuais irregularidades apuradas; e) comparar os contratos com os projetos básicos e executivos e a situação física

da obra, bem como os pagamentos efetuados, verificando a compatibilidade dos itens contratados com os executados e os preços de mercado destes à época da execução; f) listar os pagamentos efetuados e os beneficiários dos pagamentos, bem como os números dos cheques emitidos, agência bancária e conta-corrente, por beneficiário, e comparar com os extratos bancários, apurando se a movimentação financeira corresponde aos pagamentos efetuados.

5 — NOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS: solicitar cópias, de frente e verso, dos cheques relacionados, analisando a pertinência dos beneficiários e, ainda, possíveis endossos para outras empresas ou pessoas físicas.

6 — NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO: solicitar o extrato da situação jurídica das empresas listadas, com as alterações de sócios, de endereço e de área de atuação, verificando a regularidade de sua constituição e do funcionamento à época das licitações e execução das obras.

7 — NO DOMICÍLIO DAS EMPRESAS: visitar os endereços das empresas, indicados nos documentos apresentados nas licitações e na Junta Comercial (atentando para a possibilidade de mudança de endereços), e, em caso de inexistência física no local indicado, solicitar informações de moradores e fotografar os locais indicados como endereços, documentando a inexistência física ou incapacidade operacional das empresas.

8 — NAS RECEITAS FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL: solicitar a data da inscrição das empresas nos respectivos cadastros e a situação de funcionamento, no período analisado, verificando a idoneidade das Notas Fiscais.

9 — NO LOCAL DAS OBRAS: identificar os reais executores das obras, o estágio de construção, o material empregado e a compatibilidade da execução com os projetos aprovados, apurando se a apresentação física corresponde aos pagamentos efetuados, aos termos contratuais e às cláusulas dos convênios.

10 — JUNTO AOS BENEFICIÁRIOS: fazer entrevistas sobre a utilização das obras, avaliando o cumprimento do objeto dos convênios.

Através das pesquisas realizadas neste estudo, verificamos que é de extrema importância a identificação das irregularidades mais comuns nos procedimentos licitatórios, para que os órgãos de controle e os gestores executem medidas saneadoras, de modo a prevenir a reincidência e também apurarem as responsabilidades. Conhecer o órgão público que controla é conhecer os riscos que enfrentará. Isto porque o controle interno é um órgão integrado e dinâmico que deve conhecer intimamente os órgãos controlados, adaptando-se continuamente às mudanças enfrentadas pela Administração Pública para assegurar que seus objetivos sejam atingidos. Segundo o entendimento de Intosai, (2007, pág.19)⁴⁴ temos que:

[...] controle interno é um processo integrado efetuado pela direção e corpo de funcionários e é estruturado para enfrentar os riscos e fornecer razoável segurança de que na consecução da missão da entidade os seguintes objetivos gerais serão alcançados:

- execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações;
 - cumprimento das obrigações de accountability;

 - cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis;
 - salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano.
- [...]

E, quanto às falhas detectadas, o controle interno precisa avaliar sua gravidade, bem como a possibilidade de serem ou não sanadas. Em se tratando de irregularidade formal que não prejudique a competição do certame, e que não viole os princípios regentes do processo licitatório previstos na legislação aplicável ao caso, deve o controle interno recomendar que a Administração Pública contratante proceda de forma a saná-los.

Todavia, caso a irregularidade constatada viole o interesse público, porque eventualmente afronta os princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade, ou caráter competitivo, o controle interno deve recomendar que o certame seja anulado.

Não se olvide que a eficiência na prestação dos serviços públicos depende dos controles prévio, concomitante e posterior, realizados pelos sistemas de controle interno, de modo a amenizar os riscos da atividade pública e alcançar seus objetivos institucionais, principalmente porque os atos administrativos, e dentre eles os procedimentos licitatórios, submetem-se ao controle institucional.

Neste sentido, o controle interno precisa agir preventivamente e ostensivamente, para garantir o estrito cumprimento dos objetivos da licitação, notadamente quanto ao alcance da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, obedecidos os princípios da isonomia, legalidade, probidade administrativa, publicidade e demais princípios licitatórios.

Verificando-se as recomendações deste estudo, o controle interno contribuirá na lisura dos certames licitatórios e conseqüentemente para uma melhor aplicação dos recursos da sociedade, revertendo a ela serviços públicos mais eficientes, tornando a administração pública mais transparente, propiciando melhores condições para o exercício da cidadania.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. Diretrizes para as normas de controle interno do setor público. Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007, p. 19

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A priori, cumpre esclarecer que o presente estudo não tem a pretensão de exaurir o exame do tema central, que é a “A importância do Controle Interno nas Licitações”, visando apontar como podem ser evitados alguns dos principais equívocos cometidos na elaboração do certame, já que este é um tema bastante complexo e várias das anotações realizadas comportariam estudos diversos.

O que se buscou enfatizar, de forma sintética, objetiva e estruturante, foi a familiarização com os principais aspectos que devem ser observados pelo controle interno, no desempenho de suas atividades. Após uma abordagem sobre as generalidades das licitações, bem como sobre as formas de controle, realizamos um estudo mais detalhado sobre a importância do controle interno na administração pública.

E, no intuito de subsidiar o presente estudo e auxiliar o trabalho do controle interno no acompanhamento e fiscalização da obrigação constitucional de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão financeira dos órgãos e entidades da administração pública, realizamos uma pesquisa em determinado Município, buscando identificar as principais falhas cometidas na elaboração dos certames licitatórios, pesquisa esta que muito contribuiu para identificação dos principais pontos a serem fiscalizados.

Com o auxílio de um representante do Ministério Público Estadual, classificamos os vícios encontrados como sanáveis e insanáveis, o que corroborou com nosso entendimento inicial de que o controle interno atuante e eficiente pode evitar muitos dos equívocos cometidos nas licitações públicas.

Foi possível identificar, através das citadas pesquisas, como seria uma atuação eficiente do controle interno, visando evitar o cometimento dos principais equívocos encontrados, registrando que é necessário primeiramente, oferecer autonomia, remuneração justa e capacitação aos servidores integrantes dos órgãos de controle interno.

Garantidas tais condições, concluímos que o controle interno tem papel fundamental na concretização da lisura dos certames licitatórios, pois através da atuação prévia, concomitante e posterior ao certame, buscando conhecer os riscos através da identificação dos equívocos recorrentes, deve atuar no sentido de criação de um manual de procedimentos e rotinas dos procedimentos licitatórios, além de realizar esclarecimentos inerentes às responsabilidades e atribuições de todos os setores envolvidos, notadamente à necessidade de planejamento, dentre outras práticas descritas no presente estudo e que certamente garantirão maior eficiência, eficácia e efetividade nas aquisições públicas.

Por fim, concluímos, de maneira segura, que os benefícios de um controle interno eficiente ultrapassam os resultados das pesquisas que embasaram o presente estudo, pois além de resguardar o administrador quanto a possíveis erros, fraudes ou desvios, padronizam os métodos de trabalho, coíbem posturas imorais e protecionistas, garantem a legalidade na aplicação dos recursos, moralizam a prestação dos serviços públicos e conseqüentemente, garantem ao Estado a confiabilidade e respeito popular, valores que são fundamentais entre governantes e governados.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Contas do Estado. Processo Administrativo n. 692.219**. Relator: Cons. Mauri Torres, Segunda Câmara. Sessão do dia 13 set. 2012. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/228650>>. Acesso em: 01 dez. 2015

COBRA, Harley Fabiany Junqueira. **As auditorias operacionais como mecanismos de controle dos tribunais de contas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 17-34, out./dez. 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. Edição São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva 2003

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Auditoria Contábil: teoria e prática**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010

REIS, Heraldo Costa. **Leituras de Administração Financeira Municipal**. 1 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para**

elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em 18/04/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 18/04/2016.

BRASIL. **Lei Complementar 101 de 04 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 18/04/2016

Pesquisa de Jurisprudência. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/> Acesso em 02/12/2015.

ATTIE, Willian. **Auditoria Interna.** São Paulo: Editora Atlas, 1992

BOTELHO, Milton Mendes. Manual prático de controle interno na administração pública municipal. Curitiba: Juruá, 2007

AFFONSO, Neusa Coutinho. **Fraude em licitações de obras públicas.** Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/site/media/encontro_tecnico/2004_mg/fraudes_licitacoes.pdf>. Acesso em: 19 abril 2016

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. Diretrizes para as normas de controle interno do setor público. Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007, p. 19.

O NOVO REGIME JURÍDICO DA ADOÇÃO EM PORTUGUAL: O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS POR PARTE DO ADOTADO

*Cândida Carvalho*⁴⁵

RESUMO

No ordenamento jurídico português, pela adoção plena, nos termos do art.º 1986.º do Código Civil Português (CCP), o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais. Em conformidade com esta regra, o art.º 1987.º do CCP determina que depois de decretada a adoção, não é possível estabelecer a filiação natural do adotado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento. Por fim, o art.º 1985.º do CCP determina que a identidade do adotante não pode ser revelada aos pais naturais do adotado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação e que os pais naturais do adotado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adotante.

Serão estas normas justas ao impedir o acesso pelo adotado à informação relativa à sua identidade pessoal? Seguramente não. Está em causa a violação de direitos de personalidade como o direito ao conhecimento das origens genéticas – que abarca o direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade - o que agride grosseiramente a dignidade humana e provoca grandes transtornos psíquicos ao adotado. Todavia, se por vezes, o direito ao conhecimento das origens genéticas surge relacionado com a tutela da dignidade humana e do desenvolvimento da personalidade, noutros casos, surge ligado à tutela da vida privada relativamente aos pais biológicos.

Palavras-chave: Direito ao conhecimento das origens genéticas. Adoção. Identidade pessoal e genética. Direitos de Personalidade.

45 Doutoranda em Bioética na Universidade Católica do Porto. Doutoranda em Direito com especialidade em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Processuais na Universidade Autónoma de Lisboa. Mestranda em Bioética na Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires. Investigadora no Observatório sobre Direitos Humanos: Bioética, Saúde e Meio Ambiente. Pós-Graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito das Energias Renováveis pelo Departamento de Altos Estudos em Direito da Energia, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada-estagiária. Licenciada em Direito. Endereço eletrónico: candida_carvalho@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O tema, em sentido amplo, por nós escolhido, respeita à adoção. No âmbito deste, delimitamos o tema ao direito ao conhecimento das origens genéticas no instituto da adoção. Após delimitarmos o tema da nossa investigação cabe-nos identificar o problema principal: Face à recente alteração do regime da adoção plena em Portugal, a Lei n.º 143/2015, de 08-09 contempla todos os aspetos que estavam no objetivo que havia adotado antes da dita alteração?

A formulação do problema principal desencadeia o esclarecimento de problemas secundários. São os seguintes: a) Quais as principais alterações no regime jurídico da adoção introduzido pela Lei n.º 143/2015, de 08-09?; b) Qual a importância do conhecimento da identidade?; c) Tendo em conta o novo regime da adoção, os direitos de personalidade do adotado encontram-se protegidos?

Depois de apresentado o tema, feita a sua delimitação, formulado o problema principal e os problemas secundários, chegou o momento de apresentarmos os objetivos que pretendemos alcançar: a) Objetivo geral: Comparar as razões que nos levaram a estar em desacordo com a Lei vigente antes da atual, e verificar se, no presente, a nova Lei ainda tem lacunas que o nosso trabalho contempla; b) Objetivos específicos: i. Fazer um breve enquadramento histórico da adoção e do seu regime jurídico; analisar o regime da adoção anterior à Lei n.º 143/2015, 08-09, dando maior ênfase à adoção plena, e as principais alterações aditadas pelo nova Lei; ii. Percorrer algumas teorias no âmbito da Psicologia, Sociologia e Bioética para compreender as necessidades das crianças adotadas, a importância do conhecimento da ascendência; e o peso da identidade pessoal e genética; iii. Analisar os direitos de personalidade intimamente relacionados com o direito ao conhecimento das origens genéticas, do ponto de vista do adotado mas também do ponto de vista da família biológica.

Para a investigação e redação do nosso artigo socorrêmo-nos à seguinte metodologia de trabalho científico: a) Método indutivo e dedutivo: Pela realização de um processo de raciocínios conexos, no sentido ascendente, isto é, do mais simples para o mais complexo e do geral para o particular, em ordem a uma conclusão; b) Método histórico: Iniciando a investigação e redação partindo dos antecedentes e fundamentos da regulação legislativa atual; d) Método funcionalista: Através do recurso ao método comparativo articulado com o funcionalista, proceder a uma análise do concreto para o abstrato. O método indutivo e dedutivo será utilizado no que respeita à abordagem; já no que concerne ao procedimento, será utilizado o método histórico, comparativo e funcionalista⁴⁶.

Relativamente à técnica de recolha e tratamento da informação, optamos pela pesquisa bibliográfica e documental, dando especial atenção à consulta bibliográfica, tanto nacional como estrangeira. Uma vez que o presente estudo é levado a cabo por uma jurista portuguesa, no âmbito da sua dissertação de mestrado em direito realizada em Portugal, e tendo em conta os objetivos mencionados, não existe por parte daquela qualquer pretensão em de Direito Comparado de modo direto. Acrescentamos que o artigo está escrito de acordo com o novo Acordo Ortográfico Português.

O conceito de família pode ser entendido como a união de pessoas que partilham um projeto de vida em comum, que se pretende que seja duradouro e no âmbito do qual se geram sentimentos de pertença ao grupo⁴⁷.

46 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade – Metodologia de Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN 85-224-2991-X. p. 58

47 GOMES, I. – Acreditar no Futuro. Alfragide: Texto Editores, 2010. p. 13.

Podemos ainda afirma que a família garante a continuidade das relações, difundindo regras, valores e princípios que servem de influência ao sujeito na construção pessoal da sua identidade e sentimento de pertença⁴⁸.

Atualmente, espera-se em sociedade que as famílias sejam capazes de proteger os seus elementos, promover a sua integração social, preservar o seu equilíbrio e assegurar a sua continuidade através da preservação de identidade e o seu desenvolvimento enquanto ser humano.

Cada família é única. É um espaço de vivência com relações afetivas profundas: a filiação, a fraternidade, o amor e a sexualidade⁴⁹. A família é ainda tida como quem propicia suporte afetivo e o bem-estar aos elementos que a integram, desempenhando um papel decisivo na educação formal e informal, sendo o espaço onde são absorvidos os valores éticos e humanitários, onde se observam os valores culturais, onde se fortalecem os laços de solidariedade e, onde se constrói as marcas entre as gerações⁵⁰.

Contudo, as famílias nem sempre têm esta capacidade. Por vezes a família tem a incapacidade de proporcionar um ambiente adequado ao desenvolvimento dos seus membros. São famílias que falham no fornecimento de cuidados mínimos e têm alguma falta de competências sociais que consequentemente conduzem a negligência e maus tratos.

Geralmente há uma história parental de ligações perturbadas, privações emocionais, álcool, abuso de drogas, assim como a falta de competências sociais e recursos emocionais necessários para criar relações estáveis. Estes fatores levam a sentimentos de frustração, depressão, auto depreciação e nalguns casos, agressão, o que conduz a negligência e maus-tratos da criança.

As crianças que são negligenciadas ou maltratadas tendem a apresentar problemas ou sequelas orgânicas e psicossociais desse passado, como sejam défices de crescimento físico e cognitivos, atrasos no desenvolvimento em geral e, com frequência, atrasos no desenvolvimento da linguagem e baixo rendimento escolar. São crianças com uma autoestima baixa, ansiedade, depressão e alterações do comportamento.

Assim, as crianças acabam por ser retiradas do seio da sua família biológica. As consequências desta negligência e maus-tratos persistem mesmo após a criança ser retirada da situação de risco. A colocação da criança numa instituição por si só não é suficiente para reparar o sofrimento, a institucionalização deve ser uma medida transitória, pois só no contexto familiar protetor e afetuoso será favorável à criança.

A família adotiva é responsável por atenuar os danos do passado e criar as estruturas necessárias para garantir um futuro promissor.

Em sentido lato, a adoção define-se como a inclusão num ambiente familiar, de forma definitiva e com a obtenção do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais não querem suportar o exercício das suas funções parentais, ou são considerados incapazes de as exercer pelo Tribunal, ou são desconhecidos ou morreram⁵¹.

Nos termos do art.º 1586.º CCP, a adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos art.º 1973.º e seguintes do CCP.

48 CARVALHO, I.; ALMEIDA, P. – Família e Protecção Social. São Paulo em Perspetiva, 17, 2003. p. 109-122.

49 ALARCÃO, M. – (Des) equilíbrios Familiares. Coimbra: Edições Quarteto, 2002. p. 20.

50 GOMES, I. – Acreditar no Futuro. Alfragide: Texto Editores, 2010. p. 15

51 BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo – A Criança e a Família – uma questão de direito (s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens. 2.ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 329. Neste sentido também, Adoção – Coleção de Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 2.

A adoção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adotado, se funde em motivos legítimos, não envolve um sacrifício para os outros filhos do adotante e que seja razoável supor que entre o adotante e o adotado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação.

Relativamente aos efeitos da adoção, onde o nosso problema fundamental reside, consta do art.º 1986.º CCP que pela adoção plena o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais.

Nos termos do art.1985.º CCP, a identidade do adotante não pode ser revelada aos pais naturais do adotado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação. Os pais naturais do adotado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adotante.

Com a adoção, a criança perde o acesso à história da família biológica, o que torna a sua própria história incompleta, ao ficar à mercê de informações por parte da família adotiva, caso esta tenha um discurso aberto – o qual contribui para a criação da história da vida da criança que liga pontos do passado ao presente.

Quanto menor for a quantidade de informação maior será o nível de curiosidade da criança – as chamadas “*gaps* de informação” que se caracterizam pela “discrepância entre o que a criança sabe e o que deseja saber”⁵². A busca das origens «constitui assim uma forma de colmatar os gaps de informação e de compreender a experiência pessoal enquanto membro da tríada de adoção (...) ao permitir relacionar e integrar estas vivências e, em simultâneo, gerir as emoções subjacentes (...) na construção de uma história de vida e de uma identidade mais coesa»⁵³.

A procura de informação sobre as origens começa na infância; as crianças questionam-se sobre as razões que levaram à adoção e costumam fantasiar os pais biológicos⁵⁴. Esta procura começa desde a infância e continua até à fase adulta do adotado; nessa última fase, as questões internas são mais intensas e há uma maior procura de informações externas e até mesmo da família biológica^{55 56}.

Existem outras razões pelas quais o adotado pode necessitar mais informação tais como: querem assegurar-se de que a pessoa com quem está a relacionar-se ou que vai casar não é seu parente; pode querer saber os antecedentes genéticos no caso de anomalia ou suspeita de doença hereditária transmissível; e, pode sentir a necessidade psicológica grave de conhecer a sua identidade.

A análise dos princípios jurídicos e da complexidade da realidade envolvida permite compreender

52 BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo – A Criança e a Família – uma questão de direito (s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens. 2.ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 329. Neste sentido também, Adoção – Coleção de Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 2.

53 DIAS, Armanda Madalena Cunha – Sentimentos Relativos aos Pais Biológicos e Envolvimento na Busca das Origens em Adolescentes Adotados. Universidade do Porto. Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação. Outubro 2015. p. 30.

54 «Em particular, as meninas revelam mais curiosidade face aos motivos da adoção e interesse em relação à mãe biológica do que os meninos (...).» DIAS, Armanda Madalena Cunha, op. cit. p. 29.

55 DIAS, Armanda Madalena Cunha, op. cit. p. 30.

56 «Frequentemente, a busca das origens é desencadeada e motivada por transições de vida como a escolha vocacional, a conclusão do ciclo de estudos (...), a gravidez, o nascimento de um filho, o divórcio (...) e a morte dos pais adotivos (...); pela curiosidade em saber mais informações acerca dos pais biológicos, em particular sobre as suas identidades, aspeto físico, traços de personalidade, interesses e hobbies (...); as razões que estiveram na origem da adoção (...); a preocupação com o bem-estar da família biológica (...), a necessidade de obter informações sobre questões genéticas (...) e outras informações essenciais à promoção de um sentimento de coesão da identidade (...) e à estabilidade intergeracional (...).» DIAS, Armanda Madalena Cunha, op. cit., p.

que o estado das normas acaba tendo por efeito a violação de determinados direitos de personalidade do adotado tais como: o direito à identidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade psíquica; os quais nós incorporamos todos num só direito de personalidade: o direito ao conhecimento das origens genéticas.

2. DA ADOÇÃO

Em sentido lato, a adoção define-se como a inclusão num ambiente familiar, de forma definitiva e com obtenção do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais não querem suportar o exercício das suas funções parentais, ou são considerados incapazes de as exercer pelo Tribunal; ou são desconhecidos ou morreram⁵⁷.

O ponto mais importante neste instituto é proporcionar um ambiente benéfico ao desenvolvimento de uma criança que não o encontra no seio da sua família biológica, abandonando-se assim a ideia antiga de que a adoção garantia apenas a continuação da estirpe familiar, fosse para garantir a continuidade do nome, fosse para efeito de transmissão de herança.

As crianças em perigo neste país não estão condenadas à tristeza... Porque muitas almejam os faróis de que necessitam, neste nascimento que vem da vontade, mesmo sem sangue.

A adoção é a melhor das soluções quando a separação da criança do seu meio familiar de origem for realmente inevitável⁵⁸ – é o interesse da criança que conduz a abordagem que se deve fazer do instituto da adoção⁵⁹.

No caso de se concluir que a adoção é a solução indicada para determinada situação, esse processo deverá ser o mais rápido e ordenado possível, pois a adoção, na modalidade plena, implica um corte integral e absoluto com a família biológica. Assim sendo, quanto mais cedo se desencadear a ligação da criança com a família adotiva, maior será a estabilidade atingida por este indefeso mortal que aguarda uma oportunidade para ser feliz e amado⁶⁰.

A adoção não é para qualquer pessoa, da mesma forma que a paternidade e maternidade não deveria ser. Não existe um direito subjetivo a adotar e daqui resulta o especial cuidado que devemos ter na escolha de quem vai adotar uma criança que já sofreu nas mãos da progenitura biológica, próxima ou alargada⁶¹.

Através do instituto da adoção, um indivíduo pertencente pelo nascimento a um determinado grupo de parentesco adquire novos laços de parentesco noutra grupo, definidos tais laços, em termos

57 BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo – A Criança e a Família – uma questão de direito (s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2249-4. p. 329. Neste sentido também, Adoção – Coleção de Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 2. [em linha] [Consult. 17 nov. 2015]. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Adocao.pdf>.

58 «Temos por assente que a decisão de encaminhar a situação familiar de uma determinada criança para a adoção implica uma séria e necessária ponderação de fatores de ordem psicológica, social e jurídica. A solução concreta depende, assim, da compatibilização possível destes três tipos de abordagens – quer isto dizer que será preciso decidir como orientar um determinado caso social, dentro dos recursos existentes e das normas legais em vigor, tendo em conta as vantagens e inconvenientes previsíveis para o desenvolvimento e consolidação de uma relação afetiva adequada com a família adotante» - Adoção, op. cit., p. 2.

59 Adoção, op. cit., p. 2

60 BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, op. cit., p. 329.

61 Adoção, op. cit., p. 3.

sociais, como equivalentes aos laços de sangue⁶².

Para Jorge Duarte Pinheiro, a adoção é um vínculo constituído por sentença judicial proferida no âmbito de um processo especialmente instaurado para o efeito, que, independentemente dos laços de sangue, cria direitos e deveres paternofiliais (em sentido lato) entre duas pessoas⁶³.

Consta do art.º 1586.º do CCP que a adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos art.º 1973.º e seguintes do CCP. A adoção é, então, um parentesco legal, criado à imagem do parentesco⁶⁴ natural, visto que assenta na verdade afetiva e sociológica, diferente da verdade biológica em que se molda o parentesco. Para Pires de Lima e Antunes Varela.

O vínculo que se estabelece, mediante a sentença constitutiva da adoção, entre adotante e adotado é semelhante, nos seus efeitos, à filiação natural. Mas, enquanto a filiação natural, nascida do facto biológico da procriação, se exprime nos laços do sangue, a adoção nasce da decisão judicial e da vontade dos interessados, e tem efeitos variáveis, consoante a modalidade que reveste⁶⁵.

Nos termos do art.º 1986.º do CCP, pela adoção plena o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo do disposto quanto a impedimentos matrimoniais nos art.º 1602.º a 1604.º do CCP.

A adoção plena extingue os laços do adotado com a sua família natural e coloca-o na situação de filho do adotante, integrando-o na família deste. O adotado plenamente tem os direitos e situação jurídica para efeitos sucessórios, de impedimentos matrimoniais, de alimentos e de poder paternal, entre outros.

Nos termos do art.º 1987.º do CCP, depois de decretada a adoção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adotado nem fazer prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento. Segundo o art.º 1985.º do CCP, a identidade do adotante não pode ser revelada aos pais naturais do adotado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação [...] os pais naturais do adotado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adotante.

O requisito de declaração expressa para que a identidade dos pais adotivos seja conhecida pelos pais do adotando serve para facilitar a integração do adotando na sua família adotiva e evitar situações de chantagem ou de extorsão relacionadas com o ato de adoção⁶⁶.

Dita o art.º 1987.º do CCP que depois de decretada a adoção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adotado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento. Este preceito suscita algumas dúvidas quanto à sua concordância com o direito à identidade pessoal do menor⁶⁷, do qual resultará um direito ao conhecimento da sua ascendência biológica, ao direito de

62 BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, op. cit., p. 330

63 PINHEIRO, Jorge Duarte – Direito da Família e das Sucessões, Vol. I, 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2007. ISBN 978-000-00-6034-1. p. 160

64 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Vol. II. Tomo I. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1385-0. p. 262.

65 LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – Código Civil anotado. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0708-7. p. 43.

66 RAMIÃO, Tomé d'Almeida, op. cit., p. 49.

67 Art.º 26.º da CRP

constituir família, ao de procriar, e ao de converter a filiação biológica em filiação jurídica mediante o estabelecimento das correspondentes relações de maternidade e paternidade⁶⁸.

3. DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

3.1 Fundamento do direito ao conhecimento das origens genéticas como direito de personalidade

Começamos por esclarecer que não faremos uma análise do regime dos direitos de personalidade. Todavia, consideramos o direito ao conhecimento das origens genéticas um poder que integra o direito subjetivo de personalidade⁶⁹; embora não esteja tipificado⁷⁰ segue a regra geral do art.º 70.º do CCP⁷¹. Este direito encontra-se intimamente relacionado com o direito à identidade pessoal, que abarca o direito à identidade genética, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade psíquica.

Notificamos que estes tipos legais de direitos de personalidade não são direitos subjetivos autónomos, porém, são antes poderes que incorporam o direito subjetivo de personalidade e que contribuem para o seu triunfo na tutela da personalidade sempre que agredida em certos aspetos.

Não obstante, e fazendo uma concessão à terminologia jurídica corrente, designá-los-emos agora como direitos de personalidade.

A dignidade da pessoa humana é o foco do ordenamento jurídico. Isto acarreta que a cada pessoa seja outorgados direitos que garantam esta dignidade na vida social. “Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem

68 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, op. cit., p. 302.

69 Trata-se de um direito subjetivo absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade como Pessoa. Segundo os melhores ensinamentos de Pais Vasconcelos, «na tutela subjetiva da personalidade, não se trata já de um dever geral de respeito, mas antes de um direito pessoal, de um direito subjectivo de defender a dignidade própria, de exigir o seu respeito e de lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Estes meios traduzem-se em poderes jurídicos que existem na titularidade de cada indivíduo, que são inerentes à sua qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um». Acrescenta-se que o direito subjetivo «tem o seu conteúdo preenchido por poderes que o seu titular pode exercer direta ou livremente, se assim o desejar, contra particulares ou contra o Estado, se necessário mesmo em acção directa ou em legítima defesa (verificados os respetivos pressupostos), sem ficar à mercê da iniciativa e da disponibilidade dos órgãos do Estado» VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 53-55.

70 Relativamente à tipicidade dos direitos de personalidade, seguimos Pais Vasconcelos, «trata-se de uma constelação de tipos de ideais axiológicos, que nasceram de tipos reais de frequência, de experiências reiteradas de agressões da personalidade que, pela gravidade que assumiram e assumem e pela sistemática repetição, foram ganhando autonomia de regime. (...) Os direitos de personalidade, como concretizações da tutela da personalidade, podem tipificar-se e têm sido tipificados consoante o aspecto da personalidade que estiver em causa. Deve precisar-se que a tipificação não é exaustiva, mas antes simplesmente exemplificativa. Os tipos de direitos de personalidade previstos na lei e enunciados pela doutrina são tipos representativos. Quer isto dizer que, além dos tipos enunciados, outros podem surgir, e que os que são referidos correspondem apenas a casos especialmente exemplares e elucidativos que servem para exprimir modelos de comportamento, são casos paradigmáticos de tutela da personalidade. (...) A constelação de tipos de direitos de personalidade é, no fundo uma constelação de respostas a agressões típicas à dignidade humana. Estes tipos não são alternativos à regra geral do artigo 70.º, mas antes casos típicos que lhe são inerentes e que ganharam já um regime próprio, típico, sem prejuízo da regra geral que não deixa de lhes ser aplicável» VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 65-66.

71 Neste sentido, “se o caso for legal e socialmente atípico, não deixará de encontrar disciplina e critério de decisão nos regimes gerais dos artigos 70.º, 71.º e 81.º, sem prejuízo de, mesmo atípico, poder recolher sentido e critério em algum dos tipos legais com o qual tenha alguma semelhança, após devidamente adaptado em função da diferença» VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit. p. 66.

representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem” 72.

Designa-se por direitos de personalidade um determinado número de poderes jurídicos adquiridos por todas as pessoas através do seu nascimento⁷³. Tratam-se de direitos gerais porque todos deles gozam; extrapatrimoniais pois não são direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro apesar das suas violações poderem causar compensações em dinheiro; absolutos por pertencerem a um tipo de direitos oponíveis *erga omnes*, ou seja, o titular do direito pode invocá-lo e fazer valer contra todos; imprescritíveis por não se extinguirem em consequência de omissão de exercício pelo titular⁷⁴; indisponíveis, visto não se encontrarem disponíveis à livre vontade do seu titular, quer isto dizer que, em regra, o titular de um direito da personalidade não pode validamente renunciá-lo ou limitá-lo^{75 76}.

O art.º 70.º do CCP estabelece que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Da nossa análise do regime jurídico da adoção, em especial da adoção plena, verificamos que havia uma violação grosseira da dignidade humana do adotado assim como do direito ao conhecimento das origens genéticas e, conseqüentemente, do direito à identidade pessoal e genética, ao livre desenvolvimento da personalidade e, finalmente, à integridade psíquica⁷⁷.

3.2. Dignidade Humana

O termo dignidade designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito, estima, entre outros. É acima de tudo uma categoria que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres⁷⁸.

A dignidade é pessoal mas também universal. Todas as pessoas merecem ser tratadas com igual dignidade. No melhor entendimento de Jorge Miranda e Rui Medeiros, o princípio da dignidade implica uma especial proteção das pessoas mais vulneráveis, cuja dignidade seja facilmente posta em causa. É por isso que se podem ver como projeção diretas do princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, a especial proteção das crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal⁷⁹.

72 ASCENSÃO, José de Oliveira – Direito Civil Teoria Geral. Vol. I. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0989-6. p. 72

73 PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2065-0. p. 207.

74 ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., p. 94.

75 PINTO, Carlos Alberto da Mota, op. cit., p. 209.

76 FERNANDES, Luís A. Carvalho – Teoria Geral do Direito Civil I: introdução, pressupostos da relação jurídica. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. ISBN 978-972-54-0361-7. p. 225.

77 No nosso modesto entender, o direito ao conhecimento das origens genéticas está intrinsecamente relacionado com outros direitos que, quando garantidos, permitem a realização plena daquele direito. Referimo-nos ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à identidade pessoal e genética e à integridade psíquica; pelo que, não é possível analisar autonomamente o direito ao conhecimento das origens genéticas

78 GROENINGA, Giselle Câmara – O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Brasil: IBDFAM, 2006. p. 442-443.

79 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra

A dignidade humana, através do estabelecimento de direitos e de deveres, parece ser uma solução viável para medir o conflito existente entre a necessidade ou a vontade do adotado conhecer as suas origens genéticas e regime de segredo da adoção. Assim, torna-se inevitável abordar, sucintamente, a dignidade humana enquanto essência do Direito.

Trata-se do fundamento do Estado de Direito, “do único valor absoluto, e inalienável, numa sociedade secular e pluralista⁸⁰”. Nessa qualidade, deve prevalecer sobre quaisquer outras razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário⁸¹. Como resultado, a dignidade outorga o direito da pessoa humana ser considerada um “sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético⁸², não podendo nunca ser considerado como um objecto do desejo ou da manipulação de terceiros⁸³”.

Acompanhamos a conceção que a visão de dignidade humana não é estática e deve ser “periodicamente revista, não no sentido de uma total substituição, mas no sentido de uma reavaliação conceptual”⁸⁴; e, que ambicionar a irrevogabilidade quer da dignidade humana, quer dos direitos a ela associados não só é um erro como também é uma realidade difícil de compreender⁸⁵ – sendo o novo regime da adoção exemplo desta constante mutação.

O direito à autodeterminação, à autorrealização, à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física e moral ou ao reconhecimento da personalidade são exemplos de direitos inerentes à dignidade humana; ou melhor, são inerentes à dignidade humana e à espécie humana todos aqueles direitos que permitem o “cabal desenvolvimento da personalidade⁸⁶; tratam-se de direitos inseparáveis do ser humano, independentemente das suas características.

Quando privamos as pessoas adotadas de ter acesso à sua informação biológica estamos a ofender a sua dignidade e com efeito todos os direitos que permitem o desenvolvimento da sua personalidade. Em matéria de conhecimento das origens genéticas uma das questões centrais é saber se o adotado deve ou não poder ser livre para se autodeterminar ao ponto de ter acesso a informações essenciais e relacionadas com a sua identidade pessoal para o desenvolvimento da sua personalidade.

No nosso modesto entender, está em causa o exercício do direito à liberdade sendo este considerado como o valor fundamental das sociedades contemporâneas, não se admitindo que para algumas pessoas a sua vontade seja valorada e para outra esta seja condicionada.

Sabemos que os seres humanos não são todos iguais, por razões biológicas e intelectuais, e que a verdadeira igualdade social será porventura inalcançável. Porém, o conceito de igualdade impõe que seja reconhecidos a todas as pessoas direitos iguais, principalmente, que sejam garantidos os direitos fundamentais à sua existência, como o direito à identidade, à integridade física e psíquica ou ao livre desenvolvimento da personalidade.

O fato destes direitos se encontrarem protegidos não implica que as pessoas sejam todas iguais, que

Editora, 2010. p. 84.

80 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de – Testamento Vital. Almedina: Coimbra, 2012. p. 31.

81 NOVAIS, Jorge Reis – A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2015. p. 9.

82 Esclarecendo, «esta liberdade ética fundamental implica que a ciência concorra sempre para melhorar as condições de existência da humanidade respeitando a identidade do sujeito e a da espécie a que pertence» NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, op. cit., p. 32.

83 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, op. cit., p. 31-32

84 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, op. cit., p. 32.

85 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, op. cit., p. 32

86 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, op. cit., p. 35.

tenham as mesmas necessidades ou que ambicionem realizar os mesmos projetos de vida; pelo contrário, implica que quaisquer que sejam as suas aptidões intelectuais lhes seja garantido um nível mínimo de condições sociais conforme à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, têm de ser reconhecido aos adotados os mesmos direitos que às crianças que permanecem na família biológica, visto que continuam a ser seres humanos, todavia com realidades sociais e familiares distintas, mas continuam a ser pessoas com dignidade e por isso, tem de ser garantido um nível mínimo de condições para que o adotado consiga desenvolver a sua personalidade e saiba quem é verdadeiramente, através do acesso à informação relacionadas com as suas origens.

Para completar esta conceção chamamos à colação o conceito de autonomia, assim, tal como todos os seres humanos devem ser verdadeiramente livres, dispondo das condições mínimas de autorrealização, não podemos permitir um pensamento diferente em relação a alguns membros da espécie humana, tal como os adotados. Assim, será sempre por referência à dignidade humana que deve falar-se em direito ao conhecimento das origens genéticas⁸⁷.

3.3 Direito à identidade pessoal

Consideramos a identidade pessoal um direito de personalidade porque é orientado funcionalmente à tutela da dignidade humana, através da defesa daquilo que garante a infungibilidade, a indivisibilidade e a irrepitibilidade de cada uma das pessoas humanas⁸⁸.

Segundo Paulo Otero, este direito assume duas dimensões diferentes⁸⁹:

- a) A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual⁹⁰ – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepitível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais;
- b) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respetivos progenitores, podendo falar-se num “direito ao conhecimento das origens genéticas”.

Para a nossa investigação, a identidade pessoal relativa assume maior relevância. Esta ideia de relação implica um direito a conhecer as suas origens, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem.

Acompanhando a linha de pensamento de Paulo Otero, o direito ao conhecimento das origens envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado ou, mais amplamente, o direito

87 REIS, Rafael Luís Vale e – op. cit., p. 58.

88 VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 73.

89 OTERO, Paulo – Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética. Almedina: Coimbra, 1999. Depósito Legal 141988/99. p. 64.

90 «(...) o direito à identidade pessoal envolve uma dimensão absoluta ou individual, tornando cada pessoa humana um ser único que, apesar da igualdade com todos os demais na sua condição humana e na inerente dignidade, é dotado de uma irrepitibilidade natural: a identidade pessoal de cada ser humano, expressão da individualidade da sua própria e exclusiva personalidade física e psíquica, assenta na inexistência presente ou futura de dois seres humanos iguais». OTERO, Paulo, op. cit., p. 65.

a conhecer o património genético⁹¹, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade⁹². Segundo o autor, daqui resultam duas consequências imediatas:

- a) Por um lado, não é aceitável qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respetivo património genético;
- b) Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo – v.g., a tutela dos respetivos direitos à privacidade – que possam impedir alguém de conhecer a respetiva origem e o património genético;

O direito ao conhecimento das origens compreende ainda o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores⁹³.

Para Vasconcelos a identidade pessoal inclui também a identidade genética e ao património genético⁹⁴, que assumem uma imensa importância para o conhecimento das origens genéticas. Acolhemos a definição de identidade pessoal dada por Rui Nunes.

Refere-se à complexa inter-relação entre o património genético individual – Identidade Genética – e influências ambientais, entre as quais se enquadram a educação, o ambiente familiar e social, a cultura, e outros fatores determinantes para o desenvolvimento integral da pessoa.

Assim, duas pessoas, ainda que genotipicamente idênticas, terão sempre uma personalidade distintas, devido à influência de fatores culturais e do ambiente⁹⁵. A identidade pessoal associa-se ao valor intrínseco não-instrumental da pessoa humana e relega para segundo plano qualquer forma de determinismo genético⁹⁶.

Segundo o autor, o direito à identidade e à individualidade é hoje considerado como um direito pertencente à categoria dos direitos humanos fundamentais. Direito este que pode tomar contornos éticos variados, nomeadamente, o direito do sujeito a ser informado sobre a sua ascendência biológica ou,

91 Deixamo-nos conduzir pela definição de património genético dada, pioneiramente, por Stela Barbas, trata-se do «universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com factores ambientais e num permanente processo de inter-acção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir». Em relação à definição de genética a autora avança que «em termos técnicos a palavra genética é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres dos progenitores aos descendentes, bem como a formação e evolução das espécies animais e vegetais»; e, a eugénica é a ciência da aplicação da genética ao melhoramento da espécie humana. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *Direito ao Património Genético*. Almedina: Coimbra, 2006. p. 17. Acompanhando a autora, o homem «é uma realidade que resulta do jogo genético dos progenitores e das circunstâncias, da fusão e inter-ligação de factores endógenos e exógenos», é, ainda, um ser singular, diferentes entre si e em constante mudança. Atendendo aos ensinamentos de Diogo Leite de Campos, cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a Humanidade. CAMPOS, Diogo Leite – *Lições de Direito da Personalidade*. Almedina: Coimbra, 2000. p. 22.

92 OTERO, Paulo, op. cit., p. 72.

93 OTERO, Paulo, op. cit., p. 73.

94 VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 73.

95 «É uma constatação corrente que os gémeos monozigóticos, apesar da semelhança física evidente, desenvolvem uma personalidade individual e independente, construindo um mundo espiritual próprio, na estreita dependência dos vários estímulos do meio ambiente que os rodeiam» NUNES, Rui – *Geneética*. Almedina: Coimbra, 2013. p. 77.

96 NUNES, Rui, op. cit., p. 11.

paradoxalmente, a não ser informado sobre o seu património genético, isto é negando o conhecimento da sua própria identidade⁹⁷.

Seguindo Stela Barbas, um dos fenómenos característicos do ser humano é a sua capacidade, se não, mesmo, a obsessão de caracterizar, classificar e nomear tudo o que conhece. A eterna questão “Quem?” desde sempre se colocou e continuará a colocar. Apenas as formas de lhe responder se modificaram. Desde Pilatos, que perguntou a Jesus “Quem és Tu?”, até ao magistrado que questiona “quem é o pai da criança?”, a problemática de fundo será sempre a mesma. Assim como a Autora, defendemos também, que o “respeito da dignidade humana exige uma avaliação prévia do que é justo e bom, do que é aceitável e desejável, do que está ou deve estar ao serviço da pessoa”.

Stela Barbas alerta para o problema de, no âmbito da identificação genética, saber coadunar o interesse individual com o coletivo, o interesse da criança com o da estabilidade familiar, a verdade genómica com a social, entre outros. Teremos que ter sempre em conta alguns princípios fundamentais como o da não maleficência, autonomia, justiça e equidade⁹⁸.

Constatamos uma grande corrente de preocupação em ver definida a verdade biológica. Constitui uma garantia fundamental – do Homem – o acesso à verdade biológica e aos mecanismos científicos que o auxiliam a essa descoberta⁹⁹.

E arriscamos a afirmar que foi esta a preocupação do legislador aquando da reforma da adoção; com o art.1990.º-A do CCP ao possibilitar, explicitamente, o adotado a ter conhecimento das suas origens genéticas.

Alguns autores amparam uma relação próxima entre o direito ao conhecimento da historicidade pessoal e o direito à identidade genética, embutido na ordem constitucional portuguesa pela Revisão de Constitucional de 1997¹⁰⁰. A identidade pessoal compreende também uma identidade histórica, para Gomes Canotilho e Vital Moreira podemos falar em direito à historicidade pessoal, “em termos de cada pessoa ter a sua identidade também determinada em relação à sua família, aos seus antepassados¹⁰¹”.

O direito à identidade pessoal encontrará na identidade genética um ponto que quererá

97 NUNES, Rui – GeneÉtica, op. cit., p. 77.

98 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 505.

99 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 505.

98 A Lei Constitucional n.º1/97, de 20 de Setembro, aditou um n.º3 ao artigo 26.º com o seguinte conteúdo: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

101 «Essa inclusão no texto constitucional não deixa de ser controversa, como explica JOÃO CARLOS LOUREIRO. Desde logo, “o primeiro sentido do conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, às bases biológicas da sua identidade. Por outras palavras: o bem que se pretende salvaguardar é a “constituição genética individual”, sendo que “numa segunda aceção, utiliza-se o termo identidade genética para referir que dois ou mais seres têm a mesma constituição genética”, entrando-se nas “areias movediças da clonagem”. O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida entendeu (Parecer 21/CNECV/97, disponível em www.cneqv.pt) que não deveria ser utilizada a designação identidade genética “por três ordens de razões: a) no plano da linguagem, ressalta-se a sua ambiguidade essencial; b) no plano jurídico, a sua ausência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina; c) no plano dos efeitos, teme-se que, entendida a expressão no sentido de consagrar o “direito de cada cidadão a ser geneticamente único”, se venham a ofender os gémeos monozigóticos”. Ora, independentemente dessa posição, JOÃO CARLOS LOUREIRO chama a atenção para o facto de que “no plano normativo, a reivindicação de um direito à identidade genética aponta para que o genoma humano seja não só inviolável como também irrepitível, seja basicamente fruto do acaso e não de heterodeterminação”, pois “(...) o direito à identidade genética proíbe a identidade genética, entendida esta na segunda aceção referida”. Deve pois clarificar-se essa “ambiguidade linguística que permite que a constituição portuguesa afirme um direito à identidade genética do ser humano, quando outras legislações a proibem”» VALE, Rafael Luís Vale e, op. cit., p. 69.

salvaguardar; a tutela do direito ao conhecimento das origens genética terá um escopo bem definido, procura assegurar o acesso à identificação da própria condição biológica¹⁰².

Tiago Duarte defende que o n.º3 do artigo 26.º da CRP tem carácter interpretativo visto que o legislador constitucional procurou esclarecer as dúvidas relativamente à inadmissibilidade da regra do anonimato

Com esta nova norma torna-se claro o direito que cada indivíduo tem à sua identidade genética e, como corolário óbvio desse direito, o direito a conhecer a sua ascendência (paternidade/maternidade) genética que é formada no fundo, pela tal historicidade pessoal de que falava Gomes Canotilho/Vital Moreira e que é constituída pelos seus ascendentes genéticos que lhe transmitiram a informação única e irrepetível que diferencia o indivíduo e o identifica¹⁰³

Seguindo Stela Barbás, o ser humano tem direito à identidade genómica; “não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genómicas¹⁰⁴”.

A criança deve ter conhecimento, o mais cedo possível, que é adotada para evitar que um dia venha a saber bruscamente, por acaso, por descuido ou por terceiros, a verdade. Trata-se de uma realidade que lhe deve ser transmitida progressivamente e clarificada à medida do seu crescimento¹⁰⁵.

A Autora acrescenta que a descoberta tardia da verdade gera “autênticas neuroses existenciais de escolha de identidade, verdadeiras crises de referência entre os pais genéticos e os sociais”. “Deve ser consagrado o direito de os filhos conhecerem as suas origens genómicas bem como o direito de os presuntivos progenitores a não lhes ser atribuída uma falsa paternidade ou maternidade¹⁰⁶”. E, mais uma vez, no nosso humilde ver, é esta orientação que o legislador teve em consideração na nova reforma do instituto da adoção.

O conhecimento das raízes genómicas permite realizar determinadas necessidades da criança: necessidades físicas, por um lado, uma vez que sabendo quem é o progenitor pode aceder à informação médica que precisa; necessidades psicológicas, por outro lado, na medida em que o desejo de saber as origens é um elemento fundamental do desenvolvimento psicossocial. Tem-se constatado que as pessoas a quem se esconde a verdade acabam por desenvolver perturbações relacionadas com a sua autoestima, têm pouca confiança em si próprias e têm frequentemente problemas de identidade e afetividade¹⁰⁷.

Existe um elevado número de filhos cujos pais não são os maridos das mães¹⁰⁸. Por vezes, os maridos questionam da sua paternidade e, por sua vez os filhos questionam da sua filiação, o que origina um clima de insegurança na relação familiar. O sigilo condiciona o estabelecimento da filiação o que poderá provocar futuros incestos, por exemplo¹⁰⁹.

102 VALE, Rafael Luís Vale e, op. cit., p. 72.

103 DUARTE, Tiago – *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 44-47.

104 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 519.

105 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 175.

106 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 520.

107 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 520.

108 «É, frequentemente, citada uma taxa de 10% em tratados de genética. Macintyre e Soomon, após um profundo estudo comparativo, referem que a taxa varia entre 2 e 30%. Baker e Bellis citam estudos com uma faixa de 9 a 30%. De acordo com os dados constantes de uma estatística realizada em França, em 1981, 7 a 10% das crianças “pretensamente legítimas” na realidade não o são. Muitos outros autores defendem que a percentagem varia apenas entre 2% e 4%». BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 521.

109 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 521.

O conhecimento das características genómicas dos progenitores é uma arma fundamental para diagnosticar eventuais doenças genéticas e outras anomalias graves; e, uma forma de prevenir qualquer transmissão hereditária de enfermidade aos descendentes¹¹⁰.

O sigilo pode ter sérias consequências, designadamente no momento de um exame médico em que é fundamental proceder à “anamnese” dos antecedentes familiares; quando o médico pergunta ao doente o “historial” clínico dos seus antepassados. Por exemplo, o indivíduo que foi adotado e não o sabe, julgando, portanto, que os seus pais adotivos são os seus progenitores genéticos indicará alguns antecedentes que não tem mas que julga ter e não referirá alguns que tem mas que não sabe, nem sequer imagina ter¹¹¹.

Citando Stela Barbás, sem sabermos de onde provimos não é possível descobrir para onde vamos ou para onde pretendemos ir. Precisamos de ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos da certeza da nossa proveniência genómica até para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios¹¹².

O ser humano é herdeiro de uma carga genética dos seus pais mas, também de um património cultural: fala a sua língua, recebe o seu nome, aprende os seus modos e hábitos e, ainda, de um património social: fica inserido num conjunto de relações sociais que não precisou escolher. A criança adotada sente-se filha de uns pais de quem não é biologicamente filha e simultaneamente a sê-lo na realidade de quem não se sente filha¹¹³.

O direito ao conhecimento da identidade dos progenitores e o direito à identidade era posto em causa quando se defendia o segredo da adoção. Se, por algum tempo, a comunidade jurídica portuguesa esteve dividida, com a introdução da Lei n.º 143/2015, de 08-09, o legislador português garantiu o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores ao permitir ultrapassar o carácter de segredo do processo adotivo mediante solicitação expressa do adotado com idade igual ou superior a 16 anos aos organismos de segurança social, sendo que durante a menoridade é sempre exigida autorização dos pais adotivos ou do representante legal.

A ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de se conhecer a si próprio ou a definição integral da sua identidade genética¹¹⁴.

Os defensores do segredo da adoção alegam que garante o valor da defesa da intimidade da vida privada tanto da família biológica como da família adotiva; é uma forma de encorajar a adoção; é uma forma de proteger a criança de possíveis traumas resultantes da descoberta da verdade por detrás do processo adotivo, entre outros.

Segundo os melhores ensinamentos de Stela Barbás, não sabemos como é que a criança irá reagir. Quando souber que desconhece a sua paternidade, embora a sua reacção vá depender muito da forma como os pais sentem todo o processo: se estes estão felizes com a opção que fizeram, se tudo decorreu de forma transparente será, em princípio, mais fácil para a criança¹¹⁵.

É de realçar que o segredo da adoção despreza os direitos de personalidade da criança, como o direito ao conhecimento das suas origens genéticas; afeta o direito à identidade da pessoa inferiorizando-o

110 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 521.

111 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 522.

112 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 522

113 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 166.

114 BARBAS, Stela – Direito à identidade genética. Forum Iustitiae. Direito & Sociedade. Ano I, n.º6. Novembro 1999. p. 39

115 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 173.

ao direito a adotar, a constituir família e a ter um filho. Poderá originar não só incestos como também impedimentos ao casamento;

Não permite procurar definir, em alguns casos concretos, a forma de transmissão hereditária de certas doenças, algumas poderão até ser de expressão tardia e em relação às quais é necessário saber como serão também elas transmitidas à descendência da pessoa em questão¹¹⁶.

O conhecimento do património genético dos pais biológicos é imprescindível para detectar doenças genéticas e anomalias graves¹¹⁷.

Concluimos que, “sem saber de onde provimos não podemos descobrir para onde vamos ou para onde pretendemos ir. Precisamos de ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos da certeza da nossa providência genética”. “A ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de se conhecer a si próprio ou a definição integral da sua identidade genética¹¹⁸” – direitos que eram negados aos adotados mas que estão garantidos com o novo regime jurídico de adoção português.

3.4 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Capelo Sousa trata do desenvolvimento de personalidade em termos muito amplos. Liga-o à concreta personalidade de cada ser humano vivo, à “emergência de forças energéticas e transformadoras, interiores, de cada homem” à “garantia de meios e condições existenciais e convivências, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver” e à “salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de auto-constituição da sua personalidade individual¹¹⁹”.

No melhor entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira este direito consiste num direito do indivíduo que lhe garante “um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta¹²⁰”.

Os autores apontam três dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade: a “formação livre da personalidade¹²¹”; a “proteção da liberdade de acção” de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidade pessoais próprias; e, a “proteção da integridade da pessoa”, tendo sobretudo em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento.

Para Paulo Mota Pinto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem “uma dupla dimensão: a tutela da personalidade, enquanto substracto da individualidade e nos seus múltiplos aspetos, e a tutela da liberdade geral de acção pessoal humana¹²²”.

«A protecção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o seu próprio projecto, situação e possibilidades, ligado a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha»¹²³.

116 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 174

117 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 174

118 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., p. 174.

119 SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo, op. cit., p. 352 e ss.

120 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 463.

121 Sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade

122 PINTO, Paulo Mota – O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. Boletim da Faculdade de Direitos: Coimbra, 1993. Vol. LXIX. p. 479 e ss.

123 PINTO, Paulo Mota, op. cit., p. 479 e ss

Como tutela da liberdade de ação humana é “antes do mais, um direito integrante do *status negativus*” que se traduz na defesa contra “imposições ou proibições violadoras da liberdade geral de acção”¹²⁴.

Este direito tem uma dupla qualidade, por um lado, defende a liberdade para a personalidade se auto formar e por outro remove todos os obstáculos que as limitações da sua liberdade de ação oponha à mesma auto-formação¹²⁵. Para Pais Vasconcelos, «a pessoa deve poder ser e devir o que bem entender»¹²⁶.

Em o que é que consiste a personalidade? É a condição ou maneira de ser da pessoa. A personalidade constrói-se pela combinação de aspetos herdados com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser. As ameaças ao livre desenvolvimento da personalidade são várias, “a vida é um acidente altamente improvável”¹²⁷, a título de exemplo temos o caráter sigiloso do processo adotivo e da identidade dos pais biológicos.

Mais uma vez acentuamos as consequências negativas desta limitação na formação saudável da personalidade. O adotado tem o direito de remover todos os obstáculos que limitam o seu acesso a informações importantes relacionadas com a sua progenitura, a sua identidade pessoal e genética; só assim poderão, dentro do possível, desenvolver a sua personalidade.

Portanto, se a função do direito ao desenvolvimento da personalidade tutela as condições necessárias ao surgimento de uma individualidade autónoma e livre, o entendimento que o conhecimento das próprias origens genéticas constitui “um factor primordial nesse processo construtivo que pode ser gravemente afetado se a vontade de conhecer as circunstâncias da própria geração, gestação e nascimento, for injustamente cerceado”¹²⁸.

Desta forma, se o adotado quiser conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos, e este conhecimento for negado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico, não é difícil reconhecer a lesão na autonomia e na liberdade de ação daquele.

3.5 Direito à integridade psíquica

O direito à integridade psíquica de cada pessoa está abrangido pelo direito à integridade pessoal que, por sua vez, abrange também o direito à integridade física. O direito à integridade pessoal consiste, primeiro que tudo, num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais¹²⁹.

O direito à integridade física e psíquica é um direito pessoal irrenunciável, a não ser nos casos em que o consentimento seja aceitável (ex.: *piercings*, tatuagens) ou haja necessidade de intervenções e de tratamento médico-cirúrgicos, os quais, segundo o estágio do conhecimento e da experiência médica, se mostrarem adequados e forem levados a cabo de acordo com as *legis artis*¹³⁰; e um direito imune a quaisquer limitações¹³¹.

124 PINTO, Paulo Mota, op. cit., p. 479 e ss.

125 VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 75.

126 VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 75.

127 GROENINGA, Giselle Câmara, op. cit., p. 446-447.

128 REIS, Rafael Luís Vale e, op. cit., p. 67.

129 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p.454-455

130 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p.454-455.

131 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 552 e ss

O reconhecimento e a tutela da integridade pessoal surge indissociavelmente ligados ao reconhecimento absoluto da dignidade da pessoa humana. A importância deste direito está bem evidenciado na sua inviolabilidade, na inexistência de autorização expressa de leis restritivas e na proibição de afetação do direito à integridade pessoas nas situações de suspensão de direitos em estado de sítio ou de emergência¹³².

A integridade psíquica é o resultado do livre desenvolvimento da personalidade, por isso, é necessário criar todas as condições necessárias para uma sobrevivência digna. O estado de privação obviamente gera um estado de desconfiança e vitimização que afetará toda a personalidade. A integridade psíquica encontra-se ameaçada sempre que falte modelos de identificação ou afeto; ou que ocorra casos de abandono ou rejeição, provocando falhas no desenvolvimento da personalidade¹³³.

O exercício positivo do direito à integridade psíquica permite o indivíduo investigar aquilo que lhe é essencial e promover as vias socialmente aceitáveis de sua realização e autonomia, respeitando a dignidade e o direito à felicidade¹³⁴.

O direito à integridade psíquica constitui um paradigma de defesa da personalidade contra ameaças e agressões que se traduzam em lesões da integridade psíquica das pessoas¹³⁵. Neste sentido, ao impor um limite ao conhecimento das origens genéticas ao adotado estamos a agredir o direito à integridade psíquica com consequências graves para o indivíduo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise jurídica do instituto da adoção portuguesa verificávamos algumas irregularidades que colidiam com os direitos de personalidade do adotado e que violavam a sua dignidade enquanto pessoa humana, quando impossibilitavam o adotado de ter acesso às suas informações relativas à sua origem genética.

Os art.º 1985.º e seguintes do CCP violavam determinados direitos de personalidade do adotado como o direito à identidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade psíquica; os quais incorporamos todos num só direito de personalidade, o direito ao conhecimento das origens genéticas. Este direito é considerado um poder que integra o direito subjetivo de personalidade. Trata-se de um direito absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade como pessoa, de exigir o seu respeito e de lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Embora seja um direito não tipificado segue a regra do art.º 70.º CCP.

Trata-se de um direito absoluto, imprescritível, indisponível e extrapatrimonial. Entendemos que para além de ser violado o direito ao conhecimento das origens genéticas encontra-se violado a dignidade humana do adotado. A dignidade é pessoal mas também universal. É o único valor absoluto e inalienável. Todas as pessoas merecem ser tratadas com igual dignidade mas tal não acontece quando determinadas pessoas podem conhecer as suas origens genéticas e outras não.

O direito à autodeterminação, à autorrealização, à liberdade, à igualdade, à integridade física e moral ou ao reconhecimento da personalidade são exemplo de direitos inerentes à pessoa humana.

132 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 552 e ss.

133 GROENINGA, Giselle Câmara, op. cit., p. 454

134 GROENINGA, Giselle Câmara, op. cit., p. 454.

135 VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 70-71

Tratam-se de direitos inseparáveis do ser humano, independentemente das suas características. Em matéria de conhecimento das origens genéticas o adotado deve ser livre de autodeterminar a informação que necessita saber para o desenvolvimento da sua personalidade. Deve ter a liberdade de acesso a essa mesma informação.

Sabemos que nem todos os seres humanos são iguais. Porém, o conceito de igualdade impõe que seja reconhecido a todas as pessoas direitos iguais. Isto não significa que sejamos todos iguais e que tenhamos todos as mesmas necessidades mas tem que estar garantido um nível mínimo de condições sociais conforme à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, têm de ser garantidos aos adotados os mesmos direito que às crianças que permanecem na família biológica, visto que continuam a ser seres humanos, todavia com realidades sociais e familiares distintas, mas continuam a ser pessoas com dignidade e por isso, deve ser garantido um nível mínimo de condições para que o adotado consiga desenvolver a sua personalidade e saiba quem é verdadeiramente, através do acesso à informação relacionada com as suas origens.

Seguimos Stela Barbas quando a Professora afirma que todo o ser humano tem direito à identidade genómica, não podendo haver dois tipos de pessoas as que conhecem e as que não podem conhecer as suas raízes genómicas. Acrescenta ainda que deve ser consagrado o direito de os filhos conhecerem as suas origens genómicas o que permite realizar determinadas necessidades da criança. Por um lado necessidades físicas: uma vez que sabendo quem é o progenitor pode aceder à informação médica que precisa; e necessidades psicológicas: na medida em que o desejo de saber as origens é um elemento fundamental para o desenvolvimento psicossocial. Tem-se constatado que as pessoas a quem se esconde a verdade acabam por desenvolver perturbações relacionadas com a sua autoestima, têm pouca confiança em si próprias e têm frequentemente problemas de identidade e afetividade.

O conhecimento das características genómicas dos progenitores é uma arma fundamental para diagnosticar eventuais doenças genéticas e outras anomalias graves; o segredo na adoção plena não permite procurar definir, em alguns casos, a forma de transmissão hereditária de certas doenças, algumas poderão até ser de expressão tardia e, em relação às quais, é necessário conhecer porque trata-se de uma forma de prevenir qualquer transmissão hereditária de enfermidades aos descendentes. Assim, como herdeiros de carga genética dos seus ascendentes o conhecimento do património genético dos pais biológicos é imprescindível para detetar doenças genéticas e anomalias graves.

Poderíamos afirmar que ao proteger o direito ao conhecimento das origens genéticas estaríamos a violar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dos pais biológicos. Um direito que impede o acesso a informações privadas ou a divulgação dessas mesmas informações. Nesse caso, estaríamos perante uma situação de conflito de direitos. Chamaríamos à colação o art.º 335.ºCC que estabelece que os titulares devem ceder na medida do necessário para que todos direitos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

Contudo, com a nova alteração legislativa dada pela Lei n.º143/2015, de 8 de Setembro, esta situação fica solucionada no momento em que o legislador garante o direito ao acesso ao conhecimento das origens, através do art.º 1990.º- A. Segundo este artigo é reconhecido aos adotados o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção.

Da análise do novo Regime Jurídico do Processo de Adoção resulta do art.º 4 que o processo de adoção continua com o carácter secreto. Todavia, podem ser consultados pelo adotado assim que atinja a maioridade. As entidades competentes em matéria de adoção devem preservar as informações sobre as

origens, a identidade e aos antecedentes do adotado, no mínimo por 50 anos.

Com este novo Regime é finalmente reconhecida a importância do direito ao conhecimento das origens genéticas. É reconhecido ao adotado o direito ao acesso ao conhecimento das suas origens através dos organismos de segurança social – que devem prestar todo o aconselhamento e apoio técnico, mediante solicitação expressa do adotado com idade igual ou superior a 16 anos e com a autorização dos pais adotivos ou do representante legal (durante a menoridade). Contudo, em casos excepcionais e com fundamento em razões ponderosas, nomeadamente questões de saúde, pode o tribunal, a requerimento dos pais, ouvido o Ministério Público, autorizar o acesso a elementos da história pessoal do adotado menor.

REFERÊNCIAS

Adoção. **Coleção de Formação Contínua**. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Adocao.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

ALARCÃO, M. (Des) **equilíbrios Familiares**. Coimbra: Edições Quarteto, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Vol. I. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito e Bioética**. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, vol.I/II, Ano 51, jan./jun. 2005.

BARBAS, Stela. **Direito à identidade genética**. *Forum Iustitiae*. Direito & Sociedade, Ano I, n.º6, nov. 1999.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Património Genético**. Almedina: Coimbra, 2006.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A Criança e a Família – uma questão de direito (s)**. Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República** Anotada. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, I. & ALMEIDA, P. **Família e Proteção Social**. São Paulo em Perspetiva, 2013.

CÓDIGO CIVIL [em linha] [Consult. 3 nov. 2014]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=775&nversao=&tabela=leis&so_miolo=.

COELHO, F. M. Pereira. **A adoção no Direito Civil Português**. *Revista de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 1987.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**. Vol. II. Tomo I. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA [em linha] [Consult. 17 set. 2014]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>.

CONVENÇÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS [em linha] [Consult. 2 fev. 2015]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/ce/ce-58-rar.html>

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA [em linha] [Consult. 2 fev. 2015]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>.

DIAS, Armanda Madalena Cunha. **Sentimentos Relativos aos Pais Biológicos e Envolvimento na Busca das Origens em Adolescentes Adotados**. Universidade do Porto. Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, out. 2015.

DUARTE, Tiago. **In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei**. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. Teoria Geral do Direito Civil I: **introdução, pressupostos da relação jurídica**. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. **O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. Família e Dignidade Humana**, V Congresso Brasileiro de Direito de Família, Brasil, IBDFAM, 2006.

Lei N.º 143/2015, de 8 de setembro, sobre a alteração do regime da adoção [em linha] [Consult. 15 set. 2015]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/70215247>

Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, [em linha] [Consult. 15 nov. 2014]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, [em linha] [Consult. 15 nov. 2014]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, [em linha] [Consult. 15 nov. 2014]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis

Lei Nº 12/2005, de 26 de janeiro, sobre a informação genética e pessoal e a informação de saúde [em linha] [Consult. 9 dez. 2014]. Disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf>

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil anotado**. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LOUREIRO, João Carlos. **O Direito à Identidade Genética do Ser Humano**. Studia Iuridica. Portugal – Brasil, ano 2000, Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2015.

NUNES, Rui. **Geneética**. Almedina: Coimbra, 2013.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. **Testamento Vital**. Almedina: Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critério Jurídico da Paternidade. Coimbra: Almedina, 2003.
Ordem dos Advogados. **O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos**. Disponível em http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=1&idsc=21852&ida=75761

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Direito da Família e das Sucessões**, Vol. I, 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. **O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada**. Boletim da Faculdade de Direitos: Coimbra, 1993. Vol. LXIX.

PINTO, PAULO MOTA. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, in Portugal-Brasil. Ano 2000. Stvdia Ivridica, Coimbra, 2000.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. **A adoção – regime jurídico actual**. 2.ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2007.

REIS, Rafael Luís Vale e. **O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Lisboa: Almedina, 2014.

PRECATÓRIO JUDICIAL: UM OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DO PROCESSO E A SUA TRANSFORMAÇÃO EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA COMO UMA SOLUÇÃO EFICAZ

*Cleonice dos Santos Silveira*¹³⁶

RESUMO

Precatórias são sentenças judiciais condenatórias em face da Fazenda Pública (municipal, estadual ou federal), que, depois de transitado em julgado e após a expedição dos requisitórios em primeiro grau, adquirem nos tribunais a denominação de precatórios. Os precatórios podem ser de natureza alimentar, que são aqueles preferenciais que decorrem de ações judiciais referentes a pensões, indenizações por morte ou invalidez, salários ou aposentadorias ou podem ser de natureza não alimentar, provenientes de outras espécies, como as desapropriações. O pagamento do precatório ocorre por ordem cronológica, na qual organiza os precatórios por ordem de entrada e os de preferências acima citados, um determinado valor estipulado pelo ente devedor, recebendo preferência de pagamento por esta fila. Em resumo, os precatórios preferenciais serão pagos com maior urgência, não entrando na lista de precatórios as requisições de pequeno valor (RPV's) até o limite do valor estipulado por cada ente, e por último os precatórios de natureza alimentar. Para pagamento, a Fazenda Pública, deve incluir em seu orçamento anual, o que ainda não está sendo cumprido, o que gera atrasos e acúmulos de dívida. Os Tribunais estão com o papel de fiscalizador e recentemente o STF estipulou o prazo máximo de pagamento de 05 (cinco) anos a partir de janeiro de 2016. Defendemos a criação de precatórios em Título da Dívida Pública transitável, não apenas com a compensação com tributos.

Palavras-chave: Compensação. Precatórios Judiciais. Emendas Constitucionais.

136 CLEONICE SILVEIRA DOS SANTOS, graduada em direito pelo ILES/ULBRA em 2002/2, Pós graduada em Direito Público pelo ILES/ULBRA em 2004, Pós graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Luiz Flávio Gomes em 2009, Doutora em ciências jurídicas/2017 pela UMSA-Universidade del Museo Social Argentino-AR. Advogada nas áreas cível e trabalhista, cursou a Escola da Magistratura em 2005, membro do Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional Rondônia (OAB/RO) gestão 2015/2018. E-mail:advcleonicesilveira@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A Fazenda Pública comporta em seu mister, ações de longa data e um emaranhado de recursos até que se conclua o feito. São vários os trâmites e provas através de recursos e meios para se conseguir reconhecer direitos em face do Estado através de seus órgãos.

Na problemática, a escolha do tema dá-se em virtude da função da própria justiça e dos operadores do direito em sua guerra contra as injustiças sociais, mas vencer e entregar respostas como sem conquista é um dos motivos que enfraquece a denominação de justiça igualitária para todos.

Os objetivos da pesquisa vêm de encontro aos adjetivos de justiça, celeridade, justiça social e bem-estar social, quando pouco se importa se é possível acessar e verificar pela internet a cada passo lento do processo sem resultados ou movimentos que possam tornar eficaz a coisa julgada.

A metodologia utilizada para a pesquisa foi a bibliográfica através de doutrinas, artigos, legislação brasileira e julgados dos Tribunais Superiores.

O estudo se baseou em uma investigação bibliográfica, baseada na legislação civil, constitucional, Acordos, Tratados e Convenções, buscando uma interpretação teleológica a partir do método dedutivo. Também se utilizou o método analítico-sintético na verificação dos textos e documentos jurídicos existentes.

No marco teórico, a pesquisa foi dividida em capítulos, e cada capítulo foi subdividido em incisos para se registrar com minúcias o detalhamento do tema a que se propõe.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através de seu art. 5^a, XXXV, confere aos cidadãos o direito fundamental de buscar a tutela jurisdicional. Logo, é evidente que esse direito deve ser usufruído, ampla e efetivamente, por todos, de modo que o bem da vida pleiteado seja entregue num intervalo de tempo razoável.

A função do processo brasileiro é a de servir como instrumento para garantir aos cidadãos o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, à dignidade humana. Tudo isso compreendido como valores mais elevados de uma sociedade fundada na harmonia social. Os anseios da Nação brasileira estão representados no preâmbulo e no caput do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto à natureza jurídica do precatório na legislação brasileira, trata-se de uma forma de pagamento, na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, disciplinada pelo art. 730, do Código de Processo Civil.

Para Pedro Lenza (2006, p.424): “[...] o precatório judicial é o instrumento através do qual se cobra um débito do poder público (pagamento devido pela Fazenda Pública Federal, Estadual, Distrito ou Município), conforme art. 100 da CF/88”.

O surgimento e a evolução do precatório na legislação constitucional brasileira não são tão antigos quanto parece. Tanto que, as Constituições de 1824 (Carta do Império) e a de 1891 (primeira da República) em nada dispunham sobre essa matéria. Aliás, a Carta de 25/03/1824 continha um único capítulo, com três artigos, que tratava "Da Fazenda Nacional", e que, no art. 171, falava em "amortizações da dívida pública", sem mais explicações.

O precatório só foi criado em virtude da impenhorabilidade dos bens públicos, tendo sua origem

no direito processual civil, mais precisamente na prática forense. Aduz-se que a forma mais rudimentar de seu surgimento veio da imaginação de um juiz diante de um problema surgido na execução de sentença contra uma Câmara municipal, em que um particular (credor) pleiteava o pagamento de certa quantia.

A técnica de precatório requisitório – ou apenas precatório, como passou a ser designado – surgiu, pela primeira vez, como criação brasileira, como Decreto 3.084, de 05.11.1898 e o sistema de execução contra a Fazenda Pública por meio do precatório requisitório é criação brasileira, não tendo similar em nenhuma parte do mundo.

Na evolução histórica, foi sancionada em dezembro de 2009, a Emenda Constitucional nº 62, entre outras alterações, estabeleceu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em mora possuem o prazo de até 15 anos para pagar, de forma parcelada, seus precatórios vencidos; determinou a compensação compulsória dos precatórios com dívidas tributárias; além de instituir o índice da caderneta de poupança para correção monetária das dívidas.

Por meio dos julgamentos das Ações Diretas e Inconstitucionalidades, ADI's nº 4357 e 4425, ocorridos em 13 e 14 de março de 2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/2009, a qual alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituindo, com isso, um regime especial de pagamento de precatórios Federais, Estaduais e Municipais.

O que carrou de novidade a EC 30/2000 foi a diferenciação efetiva entre precatório alimentício e não alimentício, no texto constitucional (então art. 100, §1º-A, e a referência, pela primeira vez, à RPV (Requisição de Pequeno Valor), no então novel art. 78 do ADCT e no §3º (recém incluso) do art. 100 do texto efetivo. Não se definiu o que se deveria entender, contudo, por débito de pequeno valor.

A primeira mudança notável foi a consagração de um entendimento que já se tinha na jurisprudência. A EC 62 permitiu que os créditos de titulares com no mínimo 60 (sessenta) anos de idade ou portadores de doença grave fossem pagos com preferência sobre quaisquer outros. Para compensar a limitação imposta pelo novel art. 100, §2º, tem-se a segunda relevante mudança: cada ente público deverá obedecer, para fins de RPV, a um piso mínimo igual ao valor do maior benefício do RGPS (Regime Geral da Previdência Social) – art. 100, §4º. Logo, a maioria das leis que dispunham sobre pequeno valor, pelo patamar irrisório que estipulavam, restou revogadas.

Nas alterações da lei do precatório, a Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati (1999, p.458) especialista na área, direitos da criança: “Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes”.

Como bem diz Bolzan de Moraes apud Dinamarco (1995, p. 103) “a burocracia e a democracia andam em sentidos opostos”.

O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente esquecida no precatório, que forma inédita na legislação brasileira o Constituinte de 1988 fez inserir, no art. 227, o chamado princípio da prioridade absoluta, quando determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade.

3. PRIORIDADE NA ORDEM DE PRECATÓRIA PARA PORTADORES DE DOENÇA GRAVE

Em 15 de agosto de 2014, na reunião no SPF, o Fonaprec – Fórum Nacional de Precatórios, também discutiu o relatório final do Grupo de Estudos sobre Doenças Graves, que inclui proposta de regulação para o pagamento preferencial de parte do crédito de precatórios aos credores portadores de doença grave. Atualmente, há uma lista que enumera 15 enfermidades: tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, esclerose múltipla, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, Aids e hepatopatia grave, além de incluir igualmente as doenças profissionais incapacitantes.

O Fórum Nacional de Precatórios instituído no âmbito do CNJ pela Resolução n. 158, de 22 de agosto de 2012, tem como objetivo central contribuir para a uniformização e o aperfeiçoamento da gestão de precatórios nos Tribunais. São Presidente e Vice-Presidente do Fórum, respectivamente, os Conselheiros Vasi Werner e Jefferson Kravchychyn.

4. REQUISITOS PARA SOLICITAÇÃO E PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS E REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR – RPV

O processamento dos débitos judiciais passou por uma significativa mudança, a partir do exercício financeiro de 2001, resultante, basicamente, da edição da Emenda Constitucional no 30/2000, que alterou a redação do art. 100 da CF e acrescentou o art. 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A EC no 30/2000 inovou no tocante à atualização do débito até a data de efetivo pagamento, conforme § 1º art. 100, da CF e distinguiu os débitos judiciais em duas espécies.

No procedimento do precatório e RPV, outra significativa alteração introduzida pela EC no 30/2000 diz respeito ao parcelamento do pagamento dos precatórios, em parcelas anuais, no prazo máximo de dez anos, nos termos do caput do art. 78 do ADCT.

Com vigência a partir de janeiro de 2002, a Lei no 10.259/2001, além de instituir os juizados especiais federais, define o novo limite dos débitos considerados de pequeno valor, fixando-o em 60 salários-mínimos por beneficiário.

O artigo 27 da Lei dos Juizados Especiais Federais determinou uma longa *vacatio legis* de seis meses, a partir de sua publicação, que se deu no Diário Oficial da União em 13/07/2001. Assim sendo, ecoaram na doutrina poucas vezes que, mesmo diante das evidentes benesses trazidas pela Lei nº 10.259/01, sustentavam sua aplicabilidade apenas após o decurso do prazo estipulado, sob a alegação de que a mesma poderia ser revogada dentro do aludido interregno temporal.

A Lei 10.883/2003 instituiu, por conta de imposto de renda, a retenção de 3% (três por cento), a ser feita por instituição bancária oficial, sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal, mediante precatório ou requisição de pequeno valor.

A Lei 11.033/2004 condiciona o levantamento de valores decorrentes de precatório judicial de natureza comum à apresentação ao Juízo de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública.

A Res.CJF/438/2005, datada de 30 de maio de 2005, altera e consolida as normas anteriormente existentes, bem como uniformiza procedimentos relativos à expedição de requisições, ao cumprimento da

ordem cronológica dos pagamentos, ao saque e ao levantamento dos depósitos e o prazo para pagamento é de até 60 (sessenta) dias, após todos os trâmites de atualização, concordância de valores e emissão do RPV.

5. PRECATÓRIO E RPV

O modelo orçamentário brasileiro, fundamentado nos arts. 145 a 169 da CF está previsto na Lei nº 4.320/64, no Plano Plurianual (PPA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), integradas entre si.

Despesa pública orçamentária é o recurso público com destinação específica, previamente fixada na Lei Orçamentária Anual (LOA). O pagamento de obrigações decorrentes de sentenças judiciais transitadas em julgado, em que a Fazenda Pública for condenada, depende de orçamento prévio, como exigido pela Constituição Federal em seu art. 100.

Débito judicial é toda obrigação de pagamento, constituída como despesa pública, oriunda de condenação em sentença judicial transitada em julgado, cuja satisfação depende de prévia inclusão no orçamento das entidades de direito público.

Na classificação do débito judicial no orçamento federal, a inscrição das requisições de pagamento no orçamento da União é resultado de procedimentos administrativos que objetivam classificar os débitos judiciais de acordo com a instituição devedora, espécie de requisição, natureza orçamentária da despesa e a forma de pagamento.

Por conseguinte, a separação dos valores por grupo de natureza de despesa deve sempre estar representada nas classificações das despesas presentes na Lei Orçamentária Anual, subdivididas em despesas de pessoal, outras despesas correntes e inversões financeiras.

Quanto à forma de pagamento, as regras atuais, introduzidas pela EC no 30/2000 e regulamentadas pelas resoluções do CJF, permitem as seguintes formas de pagamento: Pagamento em parcela única. Trata-se de regra aplicável aos débitos definidos em lei como de pequeno valor, aos de natureza alimentícia, aos de que trata o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações, aos que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo e aos que decorram de ações iniciais ajuizadas após 31 de dezembro de 1999.

No que tange ao parcelamento, em 2013, durante o julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o STF suspendeu a vigência do chamado “regime especial” de pagamentos dos precatórios instituído pela Emenda Constitucional 62. A regra determinava que estados e municípios pudessem parcelar o pagamento de suas dívidas em até 15 anos, com juros entre 1% e 2%.

Com a publicação da LOA, os créditos orçamentários são consignados às entidades e descentralizados integralmente aos tribunais, conforme determina a LDO. Considerando as regras vigentes, os recursos financeiros correspondentes são disponibilizados pela Secretaria do Tesouro Nacional ao órgão setorial de programação financeira da Justiça Federal para posterior liberação aos tribunais.

Para o projeto da LDO Art. 35, § 2º, II: O projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa.

As retificações e devoluções no orçamento, embora seja um instrumento rígido e formal, excepcionalmente está sujeito a retificações durante sua execução. A legislação orçamentária prevê a possibilidade da abertura de créditos adicionais para atender a situações não previstas ou insuficientemente dotadas.

A atualização monetária e juros, após a inclusão em proposta, os valores requisitados serão

atualizados a partir de 1º de julho respectivo até a data do efetivo pagamento, conforme preconizado pelo art. 100 da Constituição Federal, pelo mesmo índice utilizado quando da elaboração da proposta orçamentária IPCA-E/EBGE.

No caso das RPVs, a atualização dar-se-á a partir do mês anterior ao encerramento da respectiva requisição mensal até o mês do pagamento (com o índice divulgado no mês anterior).

Quanto ao IRRF retido na fonte, nos termos da Lei no 10.833/2003, alterada pela Lei no 10.865/2004, o imposto de renda sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal, mediante precatório ou requisição de pequeno valor, será retido na fonte pela instituição bancária responsável pelo pagamento e incidirá à alíquota de 3% (três por cento) sobre o montante pago, sem quaisquer deduções, no momento do saque. Fica dispensado da retenção do imposto o beneficiário que declarar perante a instituição financeira depositária, que os rendimentos recebidos são isentos ou não tributáveis, ou que, em se tratando de pessoa jurídica, esteja inscrita no Simples (art. 27, §§ 1º e 2º).

Em cumprimento de decisão da Justiça do Trabalho, cabe a fonte pagadora, no prazo de 15 (quinze) dias da data da retenção de que trata o caput do art. 46 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, comprovar, nos respectivos autos, o recolhimento do imposto sobre a renda na fonte incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão da Justiça do Trabalho.

6. PODER LIBERATÓRIO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS

Pela dicção das normas constitucionais depreende-se que estas autorizam o sujeito passivo de tributo a extinguir o débito por meio de precatório. Contudo, não são todos os precatórios que tem poder liberatório para pagamento de tributos. Referida qualidade é atribuída apenas aos precatórios pendentes em 14/09/2000 (data de promulgação da EC 30/2000) e aos precatórios que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 vencidos e não pagos pela Fazenda devedora.

A prática de compensação de créditos tem sido cada vez mais aceita e comum no ordenamento tributário. Prevista pelo artigo 156 do Código Tributário Nacional, a compensação é uma modalidade de extinção do crédito tributário, que visa extinguir essa obrigação tributária entre pessoas que, ao mesmo tempo são credoras e devedoras, uma das outras, relativamente a dívidas líquidas e vencidas.

A legislação tributária infraconstitucional não trata especificamente da cessão de crédito, contudo a Resolução/CNJ 115/2010 reitera os termos da Constituição Federal afirmando que “o credor de precatório poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos a terceiros, independentemente da concordância do devedor”.

A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao juízo de origem e à entidade devedora, antes da apresentação da requisição ao Tribunal (art. 16, § 3º da Resolução/CNJ 115/2010).

Em se tratando das dificuldades e cuidados que devem ser observados diante da Aplicação Imediata do Artigo 78 § 2º do ADCT, não obstante previsto na Constituição Federal, ainda não existe lei no âmbito federal regulando o poder liberatório para pagamento de tributos dos precatórios, verifica-se que sempre que o ente beneficiário é a Fazenda Pública, normas são criadas, proteção é criada e severamente aplicada.

Na compensação de precatórios com débitos constituídos contra o credor original, a Constituição Federal permitiu que no momento da expedição dos precatórios o Poder Público abatesse unilateralmente o valor dos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em Dívida Ativa constituídos contra o credor

original pela Fazenda Pública devedora inclusive parcelas vincendas de parcelamentos (art. 100, § 9º, da CF/88).

O STF limitou a possibilidade de acordo de pagamento dos precatórios em uma redução máxima de 40% do crédito. A compensação aqui proposta é de livre negociação do título de precatório, uma vez que este título não mais será analisado ou questionado, estará pronto para negociação, o qual ficará retido pela instituição e remetido ao Tribunal para a sua devida baixa e quitação.

7. A CONSTITUCIONALIDADE DA PERMITIDA CESSÃO DE CRÉDITOS

A parte final do art. 78 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), modificado pela EC 30, de 14.09.2000, introduziu uma modificação que vem demonstrar a possibilidade de solução para os precatórios. No uso de debêntures e precatórios para garantia de execuções fiscais, já há algum tempo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a possibilidade de penhora das debêntures para fins de garantia de execuções fiscais, notadamente em decorrência de expressa previsão da Lei de Execuções Fiscais admitindo a penhora de direitos e ações.

A forma de pagamento em 15 (quinze) anos já não é mais válida, após a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional 62/2009, e com o julgamento das Ações de Inconstitucionalidade no dia 25/03/2015, estabeleceu prazo de 05 (cinco) anos a contar de janeiro de 2016.

Para Fux *apud* Bonavides (1993, p.1102): “até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance de sua decisão, não se justifica que os tribunais locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo.”

A falta de uma postura mais dinâmica, menos subalterna do Judiciário impede a construção do fenômeno da transmutação, o qual consiste, em breves palavras, cristalizar uma decisão política através da atividade jurisdicional do Estado, submetendo aquela ao Direito.

Este fenômeno se transforma na denominada “juridicização do poder decisório do Estado”, assim definida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2007), o qual, sem sombra de dúvida, tenciona as relações entre direito e política.

A União poderia garantir esses títulos, já que há uma dívida entre os entes da Federação. Uma medida simples e eficaz, onde todos saem ganhando.

Esta Lei Complementar 147/2013, autorizou a utilização de até 25% do saldo dos depósitos judiciais para o pagamento de precatórios, obrigando o estado a manter 75% do valor total dos depósitos junto ao Banco do Brasil, efetivando a sua recomposição sempre que for necessário.

Atualmente, os títulos ofertados pelo Tesouro Nacional em seus leilões são as LTN (Letras do Tesouro Nacional), as NTN-B (Notas do Tesouro Nacional – Série B), as NTN-F (Notas do Tesouro Nacional – Série F) e as LFT (Letras Financeiras do Tesouro). As NTN-C (Notas do Tesouro Nacional – Série C), embora não sejam mais emitidas em leilão, ainda continuam em circulação.

Para registros, Certificados Financeiros do Tesouro – CFT são títulos destinados a atender operações com finalidades específicas, definidas em lei. Os CFT podem ser emitidos em oito séries distintas. A legislação básica do CFT é o Decreto nº 3.859, de 4 de julho de 2001, Certificados da Dívida Pública – CDP são títulos emitidos com a finalidade de amortizar ou quitar dívidas previdenciárias, nos termos da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998. A legislação básica do CDP é o Decreto nº 3.859, de 4 de julho de 2001 e certificado do Tesouro Nacional – CTN são títulos provenientes da renegociação de dívidas originárias do crédito rural. Sua colocação é efetuada por instituição financeira credora, em favor

do interessado específico, o qual deverá utilizá-lo para fins de garantia do valor do principal, em operações de renegociação de dívidas do setor rural de que trata a Resolução CMN 2.471, de 26 de fevereiro de 1998. A Legislação básica do CTN é o Decreto nº 3.859, de 4 de julho de 2001.

CVS são Títulos emitidos como forma de pagamento pela novação de dívidas de responsabilidade do Fundo de Compensações de Variações Salariais – FCVS. Tais dívidas referem-se ao saldo devedor remanescente quando do encerramento de contratos de financiamento habitacional, com cobertura do FCVS. A legislação básica do CVS é a Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000, o Decreto nº 4.378, de 16 de setembro de 2002 e a Portaria MF nº 346, de 07.10.2005 (grifo nosso).

Letras Financeiras do Tesouro – Séries A e B – LFT-A e LFT-B são títulos emitidos para o cumprimento dos contratos de assunção pela União das dívidas de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, nos termos da Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997 e da Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, bem como das operações relativas à redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, nos termos da Medida Provisória no 2.192-70, de 24 de agosto de 2001. A legislação básica das LFT-A e B é o Decreto nº 3.859, de 4 de julho de 2001. (grifo nosso).

Títulos da Dívida Agrária – TODA são Títulos emitidos para o pagamento de indenizações de imóveis rurais àqueles que, para fins de reforma agrária, sofrem ação desapropriatória ou firmam acordos de compra e venda com a União. A legislação básica do TDA são as Leis nº 8.177/91 e nº 4.504/64, os Decretos nº 578/92 e nº 433/92 e a Medida Provisória nº 2.183-56/01.

Notas do Tesouro Nacional – NTN são Notas do Tesouro Nacional possuem diversas séries. Além das NTN-B, NTN-C e NTN-F anteriormente citadas, que são ofertadas por meio de leilões do Tesouro Nacional, outras séries de NTN podem ser emitidas para atender a finalidades específicas, definidas em lei. Tais títulos, em geral, pagam cupons ao longo de seu ciclo de vida. A legislação básica das NTN é o Decreto nº 3.859, de 4 de julho de 2001.

8. ANÁLISES DE RESULTADOS

Os objetivos propostos e os resultados alcançados versam sobre o bem estar social e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A proposta em transformar precatórios em título da dívida pública para serem negociados até mesmo dentro dos programas fornecidos pelo governo, como aquisição da casa própria, é sem dúvida um grande passo para a conquista do sonho de todos os brasileiros, que é a moradia digna, fazer planos com o seu crédito e ter uma vida mais digna.

Verifica-se que o precatório é criação brasileira, e que não é nada benéfico a população, pela falta de efetivação de seu cumprimento.

O governo que tem a responsabilidade de pagar é o mesmo que se envolve em corrupção, juntamente com Tribunais que os fiscalizam como já tivemos varios casos confirmados em nosso país.

O judiciário mais que nunca está com um grande papel na sociedade, que é o papel de fazer valer a lei com a fiscalização, e foi dado ao Conselho Nacional de Justiça, o papel de fiscalização de seu cumprimento através de seu site informativo.

Falta ser especificado na lei, maiores mecanismos que venha efetivamente garantir ao titular de uma sentença transitada em julgado, a transformação em pecunia, dinheiro. Ai entendemos que não falta, o título, pois a sentença assim o é, falta o título negociável.

A Constituição Federal nos garante brilhantemente os direitos e garantias fundamentais, mas para conquista-los temos na maioria das vezes, que socorrer ao judiciário para provocar este direito, o que pelo que ficou comprovado também não é garantia de liquidez.

Nos casos do precatório, é um direito reconhecido pelo judiciário que não é devidamente cumprido pela Fazenda Pública.

Existe legislação favorável na proposta apresentada de transformação de precatório em título da dívida pública e há provocação do judiciário, só falta o interesse de fazer valer e aplicar também ao precatório a utilização de título da dívida pública.

A federalização da dívida, não significa que o governo federal vai pagar a conta. Significa transformar os precatórios em título segurados, como existem os títulos da dívida agrária, da dívida pública. Títulos que possam ser negociados no mercado.

9. DISCUSSÃO

Terrível para juristas, doutrinadores, operadores do direito e comunidade em geral reconhecer que a justiça atende, julga, elege valores, aplica a legislação vigente, quando se esquece os mecanismos para criar as leis e os métodos a que se obriga o judiciário a aplicá-la.

Dentro dos meios e fins, a proposta de mais leis também se acumula, quando uma diz e contradiz, contrario de países onde a legislação se cumpre e se respeitam as normas sociais, judiciais e legislativas, uma vez que se acredita no bem-estar social que é o objeto principal do direito.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morosidade no pagamento dos precatórios é um dos grandes problemas desde a sua criação. Várias foram às mudanças favoráveis e ainda tem muito a ser conquistado.

A pesquisa feita através da legislação existente e suas alterações demonstra que há possibilidade de transformar o precatório em título da dívida pública a ser negociável dentro do mercado brasileiro. Sendo uma forma fácil e ágil de por fim a liberdade que a Fazenda Pública tem de pagar apenas com a intervenção e fiscalização do Poder Judiciário.

A indolência do legislador em modificar o tratamento dispensado à Fazenda Pública, notadamente, no que diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais, impõe ao julgador o reconhecimento de que os interesses da sociedade brasileira estão acima de tudo e de todos, até mesmo do próprio Estado, que subsiste em razão dos seus cidadãos, visando à promoção do bem comum a todos os nacionais, sem qualquer discriminação.

O sentimento de ineficiência e injustiça é patente, quando o Estado proíbe ao cidadão a justiça de mão própria, mas não o confere um meio eficiente para a entrega da prestação jurisdicional, principalmente, quando o bem da vida pleiteado deve ser satisfeito pela milionária Fazenda Pública.

O poder Judiciário somente assegurará a efetividade da prestação jurisdicional quando lançar mão de direitos universais, reconhecendo, assim, que a outorga de privilégios e prerrogativas processuais reflete na entrega tardia e incompleta do direito material reclamado na via judicial.

Tão logo o julgador passe a interpretar o art. 100, da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo sistêmico, haverá uma redução no abalo de sua credibilidade, que o tem coloca em posição subalterna em relação aos demais ramos do Poder.

O precatório vem de uma decisão judicial transitada em julgado, não cabendo mais nenhum recurso, não podendo mais ser questionada. Ponto perfeito para que se inicie o dever de dar cumprimento por parte da Fazenda Pública.

Esse cumprimento é o pagamento previsto na Lei, sendo incluído no orçamento anual, pago no exercício seguinte, mas não ocorre e não há punição para esse descumprimento.

A motivação de lançar a proposta de transformar o precatório em título da dívida pública foi a facilidade que o mercado dá aos créditos oriundos de título autônomo, e a grande dificuldade que a população tem quando pretende negociar, por exemplo, a compra de sua casa própria, onde o Governo vem dificultando a cada ano.

O Brasil vem adotando, desde 1999, uma série de medidas para aumentar a liquidez de seus títulos, quando, em conjunto com o Banco Central, criou um grupo de estudos para identificar quais seriam as medidas adotadas para dinamizar o mercado de dívida pública, mas quando é a Fazenda Pública a beneficiária.

A implementação de algumas medidas tem propiciado, desde então, melhora significativa na liquidez dos títulos públicos. Além disso, medidas de maior transparência das informações têm auxiliado na melhor precificação dos títulos públicos.

Ter o precatório como título a ser negociado, mesmo que seja apenas dentro dos programas do Governo, já que é dívida da Fazenda Pública, já será de grande avanço, atingindo o princípio de igualdade, e todos os demais direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

A falta de crédito é uma das maiores barreiras para concretizar a compra da casa própria e a expectativa é de que o governo federal divulgue em breve pacote de medidas para destravar o financiamento imobiliário. E a proposta aqui apresentada é de grande valia.

Com esta conquista, o precatório sendo um título negociável, poderá atingir a população em geral, tendo o credor o direito de negociá-lo e transferi-lo livremente.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **.Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 4º v., T. III).
- BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 5.ed. São Paulo: UNB. 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF).** Disponível em: < www.stf.gov.br> Acesso em 03 març 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional,** ed. 7ª, Edições Almeida, 2000.
- Código Penal Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em 05 nov 2013.
- Código Tributário Nacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm Acesso em 05 nov 2013.
- Constituição Federal de 1967.** Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/21606/precatorio-requisitorio-e-requisicao-de-pequeno-valor-rpv>> Acesso em 16 fev 2015.
- CUNHA, Lásaro Cândido da. **Precatório: execução contra a fazenda pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 1. ed. São Paulo: Malheiros,
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execuções contra a Fazenda Pública.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- DELGADO, José Augusto. Precatório Judicial e Evolução Histórica. Advocacia Administrativa na Execução Contra a Fazenda Pública. **Impenhorabilidade dos Bens Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, p. 25)- ApCiv 62, de 16.04.1993, Acórdão 3.835. Públicos.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil.** São Paulo: Malheiros, 1995. 2.ed.
- Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, p. 25)- ApCiv 62, de 16.04.1993, Acórdão 3.835.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva. 2004.



LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10. Ed. Ver.atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

LIBERATTI, Wilson Donizete **O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários**. São Paulo: IBPS, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Diretos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3.ed. rev e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

O'DONNELL, Guillermo . **DEMOCRACIA DELEGATIVA**. Guillermo O'Donnell, cientista político argentino, es Profesor de la cátedra Helen Kellogg de Estudios Internacionales y Director Académico del Kellogg Institute of International Studies de la Universidad de Notre Dame. Entre sus libros se incluyen *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism* (1979); *Bureaucratic-Authoritarianism: Argentina, 1966-1973, in Comparative Perspective* (1988); y *Transitions from Authoritarian Rule* (1986), con Philippe Schmitter y Laurence Whitehead.



ABORTO E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM OLHAR ACERCA DA NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

*Fábio Luiz Viégas Cutrim*¹³⁷

RESUMO

O presente estudo analisa o aborto criminoso no Brasil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, objetiva-se acender o debate acerca da necessidade urgente da atualização da legislação concernente à interrupção voluntária da gestação como forma de garantir direitos fundamentais das mulheres. Neste sentido, realizou-se um estudo bibliográfico que discute o aborto a partir de uma perspectiva cultural, contextualizando-o no cenário brasileiro e compreendendo-o como um problema de saúde pública. Nesta esteira, são também apresentadas as dimensões legal e ética do problema, analisando-o sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana e o enfrentamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, conclui-se que a criminalização da interrupção voluntária da gestação constitui uma violação dos direitos fundamentais com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana, sendo que esta última deve ser garantida tanto no âmbito formal como no material com o acesso das mulheres a um eficiente serviço público de saúde.

Palavras-chave: Aborto. Mulher. Legislação penal. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

137 Graduated by the Universidade Federal do Maranhão – UFMA, Procurador do município de São Vicente Férrer (MA), Advogado and Mestrando in Ciências Criminológico-Forenses by the Universidade de la Empresa – UDE (Uruguai). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3182657509558484>.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o aborto¹³⁸ criminoso no Brasil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese ser uma temática, geralmente, suscitadora de opiniões de ordem religiosa, moral e ética, para além destas questões, deve-se compreendê-la como um enorme problema de natureza humanitária a ser enfrentado, prioritariamente, como uma questão de saúde pública.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar, a partir da experiência brasileira, que a criminalização da interrupção voluntária da gestação constitui uma violação dos direitos à liberdade, à autonomia, ao respeito, à saúde, aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, e à vida. Enfim, estamos falando de violação de direitos fundamentais com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana.

Sem a pretensão de esgotar a temática, este trabalho busca suscitar o debate acerca da necessidade urgente da atualização da legislação concernente à interrupção voluntária da gestação como forma de garantir direitos fundamentais das mulheres. Trata-se de um estudo bibliográfico que discute o aborto a partir de uma perspectiva cultural. Para tanto, este artigo compõe-se de uma contextualização do cenário brasileiro, relacionando o aborto a um problema de saúde pública; também se apresenta a dimensão legal e ética do problema, finalizando-se com a discussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o enfrentamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal, além de introdução e conclusão.

2. O CENÁRIO ATUAL DO ABORTO: Um problema de saúde pública

A radiografia da problemática é a imagem de inseguros abortos clandestinos com suas alegorias de úteros perfurados, infecção, lesões, sequelas e mortes. São milhares de mulheres no mundo que colocam suas saúdes e vidas em risco ao interromper uma gravidez indesejada. Estima-se que, diariamente, 55.000 (cinquenta e cinco mil) abortos são realizados de forma insegura (95% deles realizados em países em desenvolvimento) e acarretam o óbito de mais de 200 mulheres por dia¹³⁹. A Rede Feminista de Saúde (2005) avalia que o aborto esteja entre as 04 maiores causas de morte materna e que este cenário é ainda mais angustiante quando se trata de mulheres jovens, negras, solteiras/separadas, domésticas/donas de casa e de baixa escolaridade.

No Brasil, segundo os dados da Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 (PNA 2016), nesse mesmo ano, aos 40 anos de idade, uma em cada cinco mulheres já fez aborto. O enfrentamento deste problema, porém, tem-se restringido à repressão e à criminalização, criando apenas uma atmosfera de clandestinidade expositora da saúde e da vida de inúmeras mulheres em idade fértil.

Enfim, são inúmeras vidas ceifadas injustamente, que poderiam ser evitadas com a adoção de políticas públicas efetivas de promoção da saúde da mulher. Juridicamente, estes dados denunciam a flagrante situação de inconstitucionalidade do Estado brasileiro que não proporciona o integral direito à saúde e, conseqüentemente, dignidade às mulheres desta nação, caracterizando a violação aos artigos 1º,

138 Para Mirabete (2007, p. 62), aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do produto da concepção. Por sua vez, CASABONA (2004, p. 152 e 160) compreende que, do ponto de vista jurídico penal, o aborto consiste em dar morte ao embrião ou feto humanos, seja no ventre materno, seja provocando sua expulsão prematura. Nesta última hipótese, exige-se a “falta de viabilidade e de maturidade do feto expulso”.

139 COOK, Rebecca J.; DICKENS, Bernard M.; FATHALLA, Mahmoud F. Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito. Questões de ética biomédica. Rio de Janeiro: Cepia, 2004. p. 10.

inciso III e 196, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴⁰.

Necessário se faz esclarecer que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 196, determina: “a saúde é um direito de todos”, ou seja, não permite regras de diferenciação socioeconômica entre seres humanos e, muito menos, bifurcações de gênero. Ademais, a continuação do artigo em comento estabelece ainda que a saúde “é dever do Estado”, ou seja, estamos diante de uma obrigação direcionada ao poder público.

Na classificação da natureza jurídica desta norma constitucional, José Afonso da Silva (1999) a define como “norma constitucional de eficácia plena”, haja vista preencher todos os requisitos necessários para a produção dos seus efeitos jurídicos imediatos, não necessitando de nenhuma complementação do legislador infraconstitucional, ou seja, são normas constitucionais dotadas de aplicabilidade imediata e direta.

Nas palavras do mestre José Afonso da Silva (1999), nesta categoria se incluem:

[...] todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. (p. 82).

Reflete-se com o autor que a proteção à saúde da mulher gera uma situação de inconstitucionalidade por omissão do Estado. E esta é a atual realidade de inúmeras mulheres desamparadas por uma sociedade e por um Estado que lhes deveria garantir dignidade, o que justifica a urgência de uma adequação da lei penal ao contexto social apresentado, aprofundando o direito à interrupção voluntária da gravidez como legítimo direito sexual e reprodutivo pertencente ao arcabouço da dignidade da pessoa humana.

3. O ABORTO E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

No mundo ocidental, em sociedades regidas por uma axiologia que se instituiu a partir do se convencionou a chamar de pós-modernidade¹⁴¹, caracterizada, conforme Bittar (2008, p. 132-133), por uma “sensação de crise, em amplas magnitudes e alcançando diversos aspectos da vida no século XX”, especificamente, a partir dos anos 60, quando diversos movimentos de protesto e revolta, marcadamente antimodernistas, “eclodiam no sentido de identificar novas formas de combater a racionalidade brutalizante

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

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

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

141 Segundo Bittar (p. 137, 2008), “a pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico implica praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida”.

da vida sob os paradigmas modernos”. De acordo com Habermas (1990), os anos 50 e 60 do século passado, especificamente os movimentos ocorridos na Europa no ano de 1968, representam marcos de mudanças culturais, sociais e políticas que vão reverberar em todas as partes do mundo. Problematiza, porém, com Bittar (2008, p. 134) que “a instauração de uma nova ordem, que irrompe trazendo novas concepções e novos modos de ser, não se faz sem quebras abruptas e sem resistências”. Para o autor, “as revoluções que se processam afetam, sobretudo, a dimensão do cultural”, uma dimensão que vive em constante transformação. Compreende-se, portanto, que o plano cultural subjaz à temática deste artigo, posto que “todo cerne das questões jurídicas está implantado no cerne das questões culturais”. Para Bittar (p. 135, 2008)

Se o Direito pressupõe certa estabilização de valores majoritários ou consensuais para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: quais os consensos possíveis num mundo em transformação? Então passam a ser debates correntes: clonar pessoas ou proibir cientistas de realizar experiências genéticas com seres humanos?; autorizar casamentos entre homossexuais ou proibir a constituição destas sociedades maritais?; diminuir a idade penal e reconhecer a incapacidade da sociedade de atrair novas gerações à consciência social ou deixar relativamente impunes atrocidades cometidas por menores?

É justamente com base em questionamentos dessa natureza os quais se agudizam, com a instauração da pós-modernidade, que novos questionamentos, valores e paradigmas surgem. Dessa forma, o mundo já não aceita mais a desigualdade de gênero e a sonegação de direitos universais que sempre pertenceram à esfera de existência também das mulheres. São estes novos sentidos axiológicos que têm criado o inconformismo em relação a legislações que causam desequilíbrios nas relações de gênero. Como exemplo, no caso brasileiro, vê-se claramente que os novos paradigmas apresentados pelo final do século XX e início do século XXI são absolutamente diferentes daqueles existentes na edição do atual Código Penal brasileiro (1940). Nas palavras de Sarmento (2017):

Ademais, a cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas, são componentes essenciais de um novo cenário axiológico, absolutamente diverso daquele em que foi editada a legislação repressiva de cuja revisão ora se cogita.

Hoje, não há mais como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. Parece assente que, embora esta autonomia não seja absoluta, ela não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para a problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica (p. 44).

Importa registrar que o tema do aborto foi criminalizado pela primeira vez no Código de Hamurábi:

§ 209 Se um awilum bateu na filha de um awilum e a fez expelir o (fruto) de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.

§ 210 Se essa mulher morreu, matarão a sua filha.

§ 211 Se pela pancada fez a filha de um muskênum expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 5 siclos de prata.

§ 212 Se essa mulher morreu, ele pesará ½ mina de prata.

§ 213 Se bateu na escrava de um awilum e a fez expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 2 siclos de prata.

§ 214 Se essa escrava morreu, ele pesará 1/3 de uma mina de prata.

O fato é que, conforme Nelson Hungria (1981), o aborto nem sempre foi uma conduta criminalizada:

A prática do aborto é de todos os tempos, mas nem sempre foi objeto de incriminação: ficava, de regra, impune, quando não acarretasse dano à saúde ou morte da gestante. Entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez (p. 269).

No Brasil, a primeira tipificação da conduta do aborto como crime foi realizada pelo Código Criminal do Império de 1830. Naquela ocasião, o mencionado código não criminalizava o aborto quando este era praticado pela própria gestante, mas apenas quando era executado por terceiros, com ou sem o consentimento daquela, assim como o fornecimento de meios abortivos, mesmo sem o completo exaurimento da conduta. Assim previa a antiga redação do antigo Código Criminal de 1830:

Art. 199. Occasionar [sic] aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos [sic].

Se este crime fôr [sic] commettido [sic] sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer [sic] meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous [sic] a seis annos [sic]

Se este crime for [sic] commettido [sic] por medico, boticário [sic], cirurgião, ou praticante de taes [sic] artes.

Penas - dobradas.

Já no Código Penal de 1890, realizava-se a diferenciação entre o aborto com e sem expulsão do feto, estabelecendo penas mais severas ao primeiro. Ademais, havia agravamento de pena se da prática abortiva resultasse na morte da gestante:

Art. 300. Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo [sic] da concepção:

No primeiro caso: – pena de prisão cellullar [sic] por dous [sic] a seis annos [sic]

No segundo caso: – pena de prisão cellullar [sic] por seis mezes [sic] a um anno [sic].

§ 1º Si em consequencia [sic] do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se a morte da mulher:

Pena – de prisão cellullar [sic] de seis a vinte e quatro annos [sic].

§ 2º Si o abôrto [sic] for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação [sic].

Art. 301. Provocar aborto [sic] com annuencia [sic] e accordo [sic] da gestante:

Pena – de prissão [sic] cellullar [sic] por um a cinco annos [sic].

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução [sic] da terça parte, si o crime for commettido [sic] para occultar [sic] a deshonna própria [sic].

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o aborto [sic] legal, ou abôrto [sic] necessario, para salvar a gestante de morte inevitável [sic], occasionar-lhe [sic] a morte por imperícia [sic] ou negligencia:

Pena – de prisão cellullar [sic] por dous [sic] mezes [sic] a dous [sic] annos [sic], e privação do exercicio [sic] da profissão [sic] por igual tempo ao da condemnação [sic].

Atualmente, a doutrina criminal brasileira, baseada no Código Penal de 1940 classifica o aborto em:

- a) Natural: Interrupção espontânea da gravidez provocada por ações fisiológicas do próprio corpo da mulher sem nenhum tipo de interferência da mesma ou de terceiros;
- b) Acidental: Consequência de traumas, quedas e acidentes. Não constitui crime;
- c) Criminoso: Previsto nos arts. 124 a 127 do Código Penal brasileiro;
- d) Legal ou permitido: Previsto no art. 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro nos casos em que não há outro meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico) e em decorrência de estupro (aborto sentimental ou humanitário).

Convém destacar, a respeito do aborto criminoso, que o Código Penal Brasileiro estabelece 04 (quatro) espécies:

- a) Autoaborto (art. 124, 1ª parte);
- b) Com consentimento para que terceiro lhe provoque o aborto (art. 124, 2ª parte);
- c) Aborto provocado com o consentimento da gestante (art. 126);
- d) Aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125).

Assim, o Código Penal Brasileiro (1940) preceitua o tema do aborto da seguinte maneira:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Com exceção do aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125) em que a própria gestante também é considerada vítima de tal infração penal, em todas as espécies de aborto criminoso o sujeito passivo é o produto da concepção (GONÇALVES, 2014, pág. 157). Logo, por estas razões, a consumação do crime seria possível desde o início da gravidez. Todavia, eis o primeiro problema de ordem conceitual do tema: o início da gravidez. A dificuldade de obtenção desta resposta advém de uma inquietação muito antiga da humanidade: quando a vida inicia?

4. QUANDO A VIDA INICIA?

Início da vida dá-se quando? Espermatozoide ou óvulos podem ser considerados vida ou seria apenas a partir da formação do embrião? Então, quais as considerações a serem realizadas diante da reprodução assistida? “Pílula do dia seguinte” pode ser considerada um meio abortivo? Por que, então, alguns consideram como marco da vida o momento da nidação? O mais adequado não seria adotar o momento das primeiras formações neurais? Devemos relevar o autorreconhecimento da mulher enquanto mãe e da sua identificação com a criança? Enfim, são tantos os questionamentos que se torna impossível um consenso na ciência. Ao encontro do questionamento, Anelise Tessaro (2006) reúne 03 (três) perspectivas: a concepcional, a biológico-evolutiva e a relacional e, a partir delas, faz uma análise. Parte-se destas (consideradas as principais na maioria dos estudos sobre o tema) para problematizar a questão.

Na perspectiva concepcional, a vida humana é compreendida no exato momento da fecundação, ou seja, no ato da junção do espermatozoide com óvulo cujo resultado é o zigoto, um ente geneticamente diverso e autônomo. Assim, conforme Minahin (2015), o pilar argumentativo desta perspectiva reside no fato de o zigoto (ovo) trazer consigo a “capacidade de realizar seu destino humano”.

Segundo Anelise Tessaro (2006), o argumento corrente entre os que defendem a perspectiva concepcional é a ideia de que o zigoto está vivo e que possui material genético próprio da espécie humana. A argumentação se reforça ao se detectar que esta codificação genética formada será a mesma que dará as características do futuro indivíduo e, provavelmente, o acompanhará durante toda a sua vida. Assim, nas palavras de Sgreccia (2002):

O embrião humano, portanto, mesmo que se encontre numa fase particular de sua existência na qual a forma humana não é ainda expressa do mesmo modo como habitualmente somos levados a pensá-la, não é uma simples potência, mas, ao contrário, substância viva e individualizada; desde o momento da fecundação ele é capaz de levar à maturação uma corporeidade que sirva para exprimir como numa epifania histórica e terrena as grandezas incomensuráveis do espírito humano. De fato, o embrião humano é um ser que o princípio do desenvolvimento e da mudança está, como em todas as substâncias vivas, no interior da própria substância. É, portanto, inequívoca e pervertida a expressão segundo a qual o embrião é um homem em potência; o embrião é em potência uma criança, ou um adulto, ou um velho, mas não é em potência um indivíduo humano: isso ele já o é em ato (p. 365).

Ademais, não se pode olvidar o fato de que a perspectiva concepcional tem como grandes aliadas as religiões. Estas últimas, por sua vez, geralmente relacionam a imagem da concepção embrionária às ideias de milagres e dádivas ofertadas aos homens por divindades que transpassam até mesmo a linearidade do tempo. A título exemplificativo, cita-se a seguinte passagem bíblica do livro do profeta Jeremias:

Antes que eu te formasses no ventre materno, eu te conheci, e, antes que saíesses da madre, te consagrei, e te constituí profeta às nações. (BÍBLIA, Jeremias, 1:5).

A Igreja Católica, a maior representante da visão concepcional, por sua vez, entende “que desde o primeiro momento se encontra fixado o programa do que será o ser vivente: um homem, este homem individual com suas características já bem determinadas¹⁴². Assim, é nesta mesma esteira, inclusive, que surgiram embates éticos acerca da manipulação ou não das células-tronco. Enfim, tal perspectiva visa retirar da figura do embrião o atributo de coisa ou bem.

142 CONGREGACIÓN CHILENA. Congregación para la Defensa de la Fe. 3. ed. Santiago: San Pablo. 1994. p.

Já, para a corrente biológico-evolutiva, o início da vida ocorre com o surgimento de determinados sinais morfológicos do embrião ou a partir de determinado momento do processo de gestação. Nesta seara, tal perspectiva busca um “momento determinado no processo de gestação, a nidação, a individuação, a aparição da crista neural, a mobilidade fetal, a viabilidade extrauterina, o nascimento e, inclusive, a aquisição de competência racional na infância”.

Ora, esta é a concepção adotada pelo atual Código Penal brasileiro. Aqui há de se considerar que o ordenamento jurídico brasileiro não considera o embrião e o feto como pessoa, tampouco são titulares de direito, mas lhes é reconhecida a condição própria e independente, tanto que é a partir da nidação que se estabelece o início da proteção jurídica do produto da concepção, ou seja, o embrião e o feto no útero da mulher são os verdadeiros bens jurídicos tutelados nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal.

A adoção da corrente biológico-evolutiva pelo Código Penal brasileiro resta evidente pelo reconhecimento da atipicidade, por exemplo, da utilização da chamada “pílula do dia seguinte”¹⁴³ cuja função deste medicamento é evitar a implantação do óvulo fecundado no útero, ou seja, impedir a nidação.

Posições que suscitam críticas e debates. Kottow (2009, p.32), por exemplo, entende que tanto a corrente concepcional quanto a biológica-evolutiva não são suficientes em si para definir o momento do início da vida, evidenciando um raciocínio naturalista equivocado que chancela basicamente valores morais baseando-se em dados biológicos arbitrariamente selecionados. Assim, este autor apresenta uma nova perspectiva: a relacional.

A perspectiva relacional, visão defendida pelo supramencionado bioeticista chileno Kottow (2009), por sua vez, coloca a mulher como engrenagem fundamental do processo reprodutivo. Nesta concepção, o início da vida não estaria simplesmente resumido a questões meramente biológicas ou, mais ainda, não se delimita aos estágios biológicos de um zigoto ou embrião, mas a mulher deve também se constituir uma “potencialidade necessária para a gestação de um ser humano”, devendo existir o autorreconhecimento da sua potencialidade maternal.

Em síntese, Kottow (2009) invoca o próprio organismo materno para um status de importância axiológica no processo de humanização do embrião ou feto em sua relação consciente e desejada com o ser em formação como desdobramento de um fenômeno sentimental e reflexivo.

Como se pode observar, as diferentes perspectivas: concepcional, biológico-evolutiva e a relacional reforçam mais ainda o desconforto presente na indefinição conceitual do início da vida. Entretanto, ao que tudo indica, o Código Penal brasileiro adotou apenas a perspectiva biológica-evolutiva na tipificação da conduta do aborto. A perspectiva relacional foi relegada pela legislação penal à medida que a mulher não é levada em consideração no fenômeno gestacional como um sujeito de autonomia e liberdade.

Neste sentido, a incorporação da perspectiva relacional se faz necessária pela legislação criminal brasileira, considerando-se, conforme se vem defendendo neste artigo, que esta perspectiva aponta para o fato de que a mulher, na contemporaneidade, é um sujeito de direito o que implica a autonomia e a liberdade sobre seu próprio corpo e a conseqüente decisão sobre seu direito de procriar ou não.

Assim, compreendendo, ao Estado caberia reforçar autonomia como forma de propiciar às mulheres o direito de aceitar ou não, por exemplo, os ônus de uma gravidez não desejada, muitas das

143 A pílula do dia seguinte é um medicamento recomendado para os casos de relação sexual desprotegida, devendo sua ministração ser o mais rápido possível, preferencialmente dentro das primeiras 72 horas (3 dias). No Brasil a pílula do dia seguinte mais usada é composta por levonorgestrel 0,75 mg..As marcas mais comuns: Postinor-2®, Pilem®, Pozato®, Diad®, Minipil2-Post® e Poslov®).

vezes refletida em encargos biológicos, psicológicos, culturais, sociais e/ou econômicos de uma sociedade incutida predominantemente em sistema patriarcal. Como exemplo prático, pode-se citar a dificuldade que a mulher possui de compatibilizar o trabalho e a amamentação, sendo que, em geral, esta dicotomia não possui a mesma carga circunstancial nas vidas dos homens.

As palavras de Muraro (2002) definem muito bem a linha de pensamento apresentada ao mencionar que:

[...] é a própria cultura que ‘carimba’ o menino, desde que nasce, para o papel que virá a exercer no mundo – o de pertencer à vida pública, produtiva – e, portanto, a competir pelo poder, prejudicando o outro sem culpa, porque este papel é o de cuidar em primeiro lugar do próprio interesse. A mulher, diferentemente, destinada à casa e à vida privada, é ‘carimbada’ para doar a si, para o altruísmo (p. 179).

Em uma tendência relacional, o movimento feminista defende a legalização da interrupção voluntária da gravidez nas 12 semanas de gestação, com a possibilidade de ampliação para até 20 semanas nos casos resultantes de violência sexual e, em qualquer momento, nas hipóteses de grave risco à vida e à saúde da gestante ou de grave anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina .

A figura da perspectiva relacional também é defendida pelo Conselho Federal de Medicina - CFM como forma garantir a liberdade, a autonomia sexual e reprodutiva das mulheres. Outro argumento utilizado pelo CFM é que o limite de 12 semanas para a possibilidade da interrupção de gravidez, conforme a experiência médica significa menores riscos para a mãe. Além disso, a partir da 12ª semana, o sistema nervoso central já estaria formado.

Por fim, descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana também é a posição defendida pelo grupo de juristas encarregado pelo projeto do novo Código Penal Brasileiro (2012). Logo, acredita-se também que é este lapso temporal o momento de interação/aceitação entre a mulher e a criança, momento em que o corpo e a vida da primeira começam a sentir o “verdadeiro peso” das responsabilidades da gestação.

5. O ABORTO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para além dos aspectos até aqui apresentados neste trabalho, há também outro ponto que se considera fundamental ao debate. Trata-se do fato de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação é uma violação direitos à liberdade, à autonomia, ao respeito, à saúde, aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, e à vida. Enfim, estamos falando de violação de direitos humanos com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana (BARROSO, 2012), até porque a base fundamentadora dos direitos humanos é a busca da efetividade da dignidade humana.

Nesses termos, a dignidade deve ser compreendida como uma marca valorativa inerente a todo ser humano independentemente de questões étnicas, religiosas, sexuais e/ou geográficas, revelada na ideia de um mínimo existencial subjazendo o dever de respeito por parte dos demais concidadãos e do próprio Estado. Ou seja, trata-se de uma esfera intocável que todo estatuto jurídico deve assegurar aos seus cidadãos.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2000):

Primeiramente prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade do seu semelhante tal

qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. (p. 60-61).

Ora, não é por acaso que o princípio da dignidade da pessoa humana está topograficamente estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas esta é a marca da busca pela consagração da igualdade, da implementação de direitos básicos e do mínimo existencial como forma de obtenção das melhorias das condições sociais nos ditames daquilo que se entende por justiça social. Até porque, segundo Luño, (apud PIOVESAN, 2008):

Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. (p. 27).

Conclui-se, portanto, que o princípio da dignidade como valor constitucional possui a função de ser uma das bases de formação de todo o sistema jurídico-político, assim como de ser o norte orientador do ordenamento jurídico e o parâmetro interpretativo do sistema constitucional. Bonavides (2004) compreende que “[...] os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valorização de sua ordem normativa”.

A oxigenação de que fala Bonavides (2004), por intermédio dos princípios, é que permite a dinamicidade da Constituição, ou seja, a sua adequação às constantes mudanças sociais, não autorizando o seu engessamento como parte de um processo dialético da universalidade dos direitos, conforme lecionado por Bobbio (2004):

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. Quando digo “contém em germe”, quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. De resto, como já várias vezes foi observado, a própria Declaração proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações” (p. 19).

Na mesma linha de compreensão, Barroso (2014) entende que o extenso desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade se iniciou com o pensamento clássico, mais precisamente

com o estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero no seu tratado *De Officiis* (“Sobre os deveres”, de 44 a.C.), e tem como marco a tradição judaico-cristã, o iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da segunda Guerra Mundial. Sob uma perspectiva religiosa, o autor compreende que a marca da dignidade pode ser encontrada na Bíblia Judaica, no momento da criação humana à imagem e semelhança de Deus (Velho Testamento) e na Bíblia cristã no dever de cada pessoa de amar seu próximo como a si mesmo (Novo Testamento).

Do inventário, ainda que incompleto da origem do debate sobre a dignidade humana, em verdade, pode-se perfeitamente afirmar que, por intermédio das lições de Kant, houve a ampliação dos horizontes da expressão dignidade. Na sua compreensão, o homem é um fim em si mesmo e não pode ser tratado com um meio.

[...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. (KANT, 2004, p. 58).

Como se pode inferir, no pensamento kantiano, dignidade apresenta-se como uma qualidade inestimável e com enorme pertinência ao ser humano por ser um fim em si mesmo.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade. (KANT, 2004, p. 65).

Ainda, segundo Kant (2004), ao homem não se pode classificá-lo à condição de coisa, mas o seu valor ontológico independe de condições sociais, étnicas, regionais, sexuais ou qualquer outra característica. A dignidade não é algo dado e/ou estabelecido, mas uma qualidade própria do ser humano, como atributo da sua essência natural.

Direcionando a dignidade ao tema do aborto, conclui-se que denegar às mulheres o direito à interrupção voluntária da gravidez significa denegar também o status de sujeito de direitos. Sonega-se, portanto, o direito à liberdade de autonomia da vontade feminina. Nas palavras de Ronald Dworkin:

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não têm condições financeiras de manter os filhos. (DWORKIN, 2003, p. 143).

Da reflexão do autor, urge ressaltar também que não basta garantir formalmente o direito à liberdade de autonomia reprodução feminina apenas descriminalizando o aborto, mas materialmente também se faz necessário garantir seu exercício junto ao sistema de saúde pública do país, conforme abalizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reforçados também pelos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, com ênfase para as Conferências do Cairo (1994) e Beijing (1995).

6. O ENFRENTAMENTO DO TEMA ABORTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AS CARTAS JÁ ESTÃO NA MESA

O Supremo Tribunal Federal tratou sobre o aborto, especificamente, em duas oportunidades. A primeira, quando se lançou mão de decidir sobre o caso dos fetos “anencéfalos”¹⁴⁴ através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Assim, ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 12 de abril de 2012, a Suprema Corte declarou, por 8 votos a favor e 2 contra, que não deve ser considerado como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto com anencefalia.

Em momento posterior, em 29 de novembro de 2016, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, formada por Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Marco Aurélio Mello, analisou um caso específico envolvendo denunciados do município de Duque de Caxias (RJ) pela conduta tipificada como crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (STF, 2017)

Em sede de juízo monocrático, os denunciados foram presos em flagrante e, posteriormente, tiveram suas liberdades provisórias concedidas. Desta decisão, foi interposto recurso pelo Ministério Público ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, reformando a decisão anteriormente prolatada pelo juízo monocrático, determinou a prisão preventiva, cujo acórdão foi posteriormente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Já no Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2016, o ministro Marco Aurélio Mello concedeu *habeas corpus* determinando a soltura dos denunciados. Após, a primeira turma se reuniu para deliberar de forma definitiva sobre o caso e, por unanimidade, os ministros entenderam que, por não mais estarem presentes os requisitos necessários para a decretação e manutenção da prisão preventiva (primariedade, bons antecedentes e residência fixa), não havia mais motivos para as manutenções das prisões dos acusados.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou um segundo e novo argumento em favor da liberdade dos acusados: a incompatibilidade dos artigos do Código Penal que tipificam o crime de aborto (artigos 124 a 128) com a Constituição de 1988.

Neste entendimento, como o Código Penal é de 1940, ou seja, anterior à Constituição Federal de 1988, não se trataria da hipótese (in)constitucionalidade, mas de recepção ou não pela Constituição de 1988. A visão do ministro Luís Roberto Barroso é assente no sentido de que os artigos do Código Penal Brasileiro que tipificam o crime de aborto devem ser interpretados de forma “a excluir a incidência de crime quando a interrupção voluntária da gravidez é realizada no primeiro trimestre da gestação”. Por fim, conclui o ministro que a criminalização é incompatível com os direitos fundamentais concernentes aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

144 Segundo Alberto (2010. p. 245), “A anencefalia é uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal que ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo”.

O voto de vista do ministro Luís Roberto Barroso foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Todavia, os ministros Luiz Fux e Marco Aurélio Melo (relator) se abstiveram de manifestar de forma direcionada ao argumento do ministro Barroso. Ainda na concepção do ministro Luís Roberto Barroso, este argumentou que a criminalização do aborto, antes de concluído o primeiro trimestre de gestação, viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Abaixo, a transcrição da Ementa do julgamento:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL, 2017)

Em que pese a decisão tenha extensão exclusivamente apenas sobre o caso de Duque de Caxias (RJ) examinado pelo STF, há um forte indicativo da posição a ser adotadas pela descriminalização do aborto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 protocolada pelo Partido Socialismo e

Liberdade (PSOL)¹⁴⁵ que pede a descriminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gravidez, em 145 Segundo o Supremo Tribunal Federal, o “Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pede a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseados na aplicação

qualquer situação, cuja relatoria está sob a incumbência da ministra Rosa Weber. Ou seja, as cartas estão na mesa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar o tema da interrupção voluntária da gestação sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana significa evidenciar a necessidade urgente e imperiosa da atualização da legislação. Neste sentido, acredita-se que a descriminalização do aborto possibilitará a forma inicial de ruptura, neste caso, de um sistema de controle social opressor que prioriza a punição em detrimento da concretização de políticas públicas efetivas de promoção de saúde e dos direitos da mulher.

Aqui urge dizer que pensar em políticas públicas efetivas não é tão somente retirar o caráter de clandestinidade e insegurança da interrupção voluntária da gestação, mas em atitudes enérgicas do Estado que visem à melhoria dos indicadores sociais como educação, renda, segurança, saneamento básico e a saúde como um todo. Dentro desta perspectiva, entende-se que se deve assegurar a facilidade de acesso aos meios contraceptivos por intermédio do sistema público de saúde, assim como o acesso aos novos métodos que, por mais onerosos que sejam aos cofres públicos, faz parte do que é primado pelo princípio da Universalidade estabelecido no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Inclusive, ao Estado e à sociedade incumbem discutir aspectos da ampliação e proteção da mulher no mercado de trabalho, de como proporcionar um efetivo amparo psicossocial da mulher que está em vias de ser e da que já se tornou mãe a fim de que a própria maternidade também não seja um ônus em sua vida.

Por outro lado, a realidade social demonstra que tratar do tema apenas sob o aspecto legal não será suficiente para o enfrentamento do problema. A sociedade brasileira mais do que nunca precisa debater a fundo o papel da mulher na atualidade, tendo sempre em mente o respeito pelo corpo da mulher, seus aspectos psicológicos e seu direito de tomar decisões. Neste percurso, tabus deverão ser quebrados, preconceitos deverão ser diluídos e a ideologia patriarcal deverá ser superada sob pena de tornar inócua qualquer alteração legislativa.

Compreender o papel social da mulher é umas das possibilidades para superar a indefinição científica acerca do marco inicial da vida para então compreender a figura feminina como um ente pilar do processo reprodutivo. Negar o seu direito de não ser mãe é suprimir direitos fundamentais, o que é algo contrário a uma sociedade que se diz compor o Estado Democrático de Direito.

Ademais, diante de tudo que foi analisado neste estudo, destaca-se da decisão do Habeas Corpus nº 124.306 proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que a criminalização da interrupção voluntária da gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, entre eles: os direitos sexuais e reprodutivos, a

autonomia, a igualdade, a integridade física e psíquica. Assim, como se pode observar, há uma inadequação do atual contexto cultural, caracterizado pela mudança de valores e paradigmas, e a legislação penal

dos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. No mérito, pede a declaração de não recepção parcial dos dispositivos pela Constituição, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso em 26 mar.2017.



concernente ao tema do aborto.

Reafirma-se, portanto, que a dignidade deve ser garantida tanto no âmbito formal como no material com o acesso das mulheres a um eficiente serviço público de saúde.



REFERÊNCIAS

ALBERTO, Miryan Vilia Lança et al. **Anencefalia: causas de uma malformação congênita.** Ver. Neurocienc, v. 18, n. 2, p. 244-8, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”:** A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Rev. dos Tribunais, v. 919, p. 127-196;

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte : Fórum, 2014.

BÍBLIA. A. T. Jeremias. **A Bíblia Sagrada.** Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2 ed. Barueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p.654.

BITTAR, Eduardo CB. **O direito na pós-modernidade. Seqüência: estudos jurídicos e políticos,** v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi.** 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 186-187.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Imperio Brazil,** Rio de Janeiro, RJ, 8 jan. 1831. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm.. Acesso em

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código penal dos Estados Unidos do Brazil.** Coleção de Leis do Brasil de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmmimpressao.htm. Acesso em: 26 mar.2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1 jan. 1942. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mar.2017.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012.** Reforma do Código Penal Brasileiro. Site: Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 26 mar.2017.

BRASIL. **Constituição Federal (1988).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

constituicao/constituicaocompilado.htm.. Acesso em: 26 mar.2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas-corpus. Prisão preventiva.** Habeas-corpus nº 124306, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=124306&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 26 mar.2017.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética.** Granada, España: Editorial Comares, 2004.

CONGREGACIÓN CHILENA. **Congregación para la Defensa de la Fe.** 3. ed. Santiago: San Pablo. 1994. p. 13.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação.** Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=%2023663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3 Acesso em: 23 Mar. 2017.

COOK, Rebecca J.; DICKENS, Bernard M.; FATHALLA, Mahmoud F. **Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito.** Questões de ética biomédica. Rio de Janeiro: Cepia, 2004. p. 10.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Mar. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial.** Pedro Lenza (coord.). 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Esquematizado).

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. (Coord.). **Vade Mecum humanístico.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** Trad. Ana Maria Bernardo et al.. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** Tradução Márcio Seligman-Silva. São Paulo: Littera-Mundi, 2001.

HOUAISS Antônio et al. Pequeno **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. São Paulo: Moderna, 2015.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 5. 269 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A justiça, o direito e política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOTTOW, Miguel. **Bioética Del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?** Bioética, Brasília, v.9, n.2, p.25-42, 2001. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/243/243. Acesso em 27 Fev. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.2.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, 86 p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed., São Paulo, Atlas, 2000

MURARO, Rose Marie; BOFF, Leonardo. (Org.). **Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

NASCIMENTO FILHO, João Batista do. **A dignidade da pessoa humana e a condição feminina: um olhar sobre a descriminalização do aborto**. Curitiba: Juruá, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v. 2, parte especial, arts. 121 a 249. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 22 Mar. 2017.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. V. I - **Fundamentos da Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola. 2002. p. 365.



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2006.



A POLÊMICA SOBRE A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

*Francisco Apoliano Albuquerque*¹⁴⁶

*Renato Mateus Lopes Gomes*¹⁴⁷

RESUMO

Questão bastante discutida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade tem sua impossibilidade lastreada na Portaria Nº. 3.214/78, que aprovou as Normas Regulamentadoras do Capítulo V, da Consolidação das Leis do Trabalho, entre elas, a Norma Regulamentadora Nº. 15, que trata das Atividades e Operações Insalubres. Ao regulamentar o §2º., do artigo 193, da Consolidação das Leis do Trabalho, esta norma dispõe textualmente sobre a impossibilidade de se acumularem adicionais por trabalho exercido sob riscos, mas como não existe na Constituição Federal de 1988 nenhuma restrição à referida acumulação, não há consenso sobre o tema, havendo quem defende a aplicação do princípio da máxima efetividade constitucional, para que as normas de proteção aos direitos fundamentais sejam interpretadas, de modo a levar em conta seu real sentido e alcance. Neste contexto, o objetivo principal deste estudo é demonstrar que a aplicação da CF/88, em conformidade com a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consubstancia-se como a norma mais favorável aos trabalhadores expostos simultaneamente a tais riscos, durante o trabalho e, como tal, deve se sobrepor às normas ordinárias, que dispõem de modo contrário a este entendimento, uma vez que Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem status normativo supralegal e, como tal, se impõem.

Palavras-chave: Consolidação das Leis do Trabalho. Constituição de 1988. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Acumulação de Insalubridade e Periculosidade.

146 Professor Universitário da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, Graduado em Ciências Contábeis e Teologia, Especialista em: Gerenciamento Público e Privado; Gestão Pública Estadual e Municipal; Auditoria e Controle Externo no Setor Público; Direito e Processo do Trabalho; Direito e Professo Previdenciário; Psicanálise Clínica; Gestão Bancária e Mercado de Capitais; MBA em Petróleo e Gás; MBA em Contabilidade e Gestão; Língua Portuguesa e Literatura Brasileira; Direito e Gestão Judiciária; MESTRE em Gestão Pública Estadual e Municipal; Doutor em Administração; Pós-Dóctor em Direito Penal; Professor de Pós-Graduação; Orientador de produções científicas.

147 Graduando em Direito; Especialista em Direito e Gestão Judiciária; e Direito e Processo do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Questão já bastante discutida na doutrina e na jurisprudência, a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade tem sua impossibilidade lastreada na Portaria N.º 3.214/78, que aprovou as Normas Regulamentadoras do Capítulo V, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas, a norma de N.º 15, do Ministério do trabalho e Emprego (MTE), que trata das Atividades e Operações Insalubres, sendo fácil constatar que, ao regulamentar o § 2º, do artigo 193, da CLT, a norma dispõe, textualmente, sobre a impossibilidade de se acumularem adicionais, por trabalho exercido sob riscos.

Mas como não existe, na Constituição Federal de 1988, nenhuma restrição à referida acumulação, não há consenso sobre o tema, havendo quem defenda a aplicação do princípio da máxima efetividade constitucional, para que as normas de proteção aos direitos fundamentais sejam interpretadas de modo a levar em conta seu real sentido e alcance.

Considerando que o ambiente do labor é um dos principais temas do Direito do Trabalho e que, dada a sua importância na garantia de um trabalho digno para os empregados, é consagrado por alguns como Direito Humano, de segunda dimensão, a presente pesquisa tem o propósito de verificar se o trabalhador simultaneamente exposto às condições de insalubridade e periculosidade faz jus à contraprestação pecuniária correspondente a estes dois adicionais, de modo contrário ao tradicional entendimento sobre o tema.

Neste contexto, o presente estudo tem por objetivo principal demonstrar que a aplicação da CF/88, em conformidade com a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consubstancia-se como a norma mais favorável aos trabalhadores expostos simultaneamente a tais riscos, durante o trabalho e, como tal, deve se sobrepor às normas ordinárias que dispõem de modo contrário a este entendimento, uma vez que Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem status normativo supralegal e como tal se impõem.

Com este propósito, foi feita uma pesquisa bibliográfica, sobre a doutrina e uma pesquisa documental, sobre a jurisprudência firmada, com decisões emitidas por alguns tribunais brasileiros, além de se analisar o texto da Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil, com o Decreto n.º 1.254/94, que legisla sobre normas de medicina e segurança do trabalho e meio ambiente laboral, numa pesquisa indutiva, que trata, inicialmente, do conceito de meio ambiente, em seu sentido amplo e trata, em seguida, de modo específico do meio ambiente do labor de modo a demonstrar que o trabalhador fica sujeito a condições laborais mais gravosas, na medida em que desempenha suas atividades em ambientes insalubres e perigosos e, por fim, analisa os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre as possibilidades de se acumular os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Em geral, tem-se como regra que o trabalhador acumule estes adicionais para compensar cada condição adversa enfrentada de modo isolado, a partir da percepção de que o legislador, ao instituir os adicionais, o fez com a precípua finalidade de desestimular o trabalho em situações que ocasionassem danos à saúde e à vida do trabalhador. Mas não é este o entendimento adotado, nos casos em que a exposição a agentes insalubres e perigosos dá-se simultaneamente, sendo esta a razão dos questionamentos aqui postos.

2. A RELAÇÃO MEIO AMBIENTE VERSUS DIGNIDADE PESSOAL

No Brasil, a dignidade humana, ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, constitui um dos fundamentos da República, como se pode constatar já a partir do que é disposto no art. 1º., da Constituição Federal de 1988:

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político (BRASIL, 1988)

Desse modo, há de se convir que, assim como todos os outros fundamentos, ela também deve nortear o ordenamento jurídico e todas as relações jurídicas, que se formarem no Brasil, inclusive as relações trabalhistas e, sob esse norte, analisar o conceito de direitos humanos que, conforme Sarlet (2010, p. 12) “[...] são aqueles insculpidos nos tratados e declarações internacionais” e, como se pode facilmente constatar na literatura, encontram-se listados em documentos e tratados firmados por diversos países.

Para Schiefer (2007), faz-se necessário realizar uma interpretação extensiva, reconhecendo outros direitos não dispostos em tratados internacionais, mas que, por sua natureza, são direitos humanos, isto é, direitos que as pessoas têm pelo simples fato de serem seres humanos.

Conforme Rezek (2011), até a fundação das Nações Unidas (ONU), em 1945, não havia no direito internacional público uma preocupação consciente e organizada, com o tema dos direitos humanos, e só, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela ONU, em 1948, foram consagrados basicamente os princípios da igualdade e dignidade humana, com a vedação à discriminação, o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, proibição da escravidão, da tortura e do tratamento cruel, desumano ou degradante, além do direito ao trabalho e livre escolha de profissão, com justa remuneração e existência compatível com a dignidade humana.

Para Moraes (2008), a positivação dos direitos humanos, na CF/88, constitui um importante instrumento, no que concerne à exigibilidade e efetividade, posto que a previsão dos direitos humanos, fundamentais na Carta Magna, coloca-os em posição privilegiada, naquilo que tange à hermenêutica, quando em comparação com outros direitos previstos no ordenamento jurídico. Acrescenta o autor que a CF/88 preconiza cinco espécies de direitos e garantias fundamentais, a saber: i) direitos individuais e coletivos; ii) direitos sociais; iii) direitos de nacionalidade; iv) direitos políticos; e v) direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Ainda segundo Moraes (2008), o direito a um meio ambiente de trabalho digno encontra guarida nos direitos individuais e coletivos, que correspondem aos direitos relacionados à pessoa humana e sua personalidade, tais como, vida, dignidade, meio ambiente, honra e liberdade.

Já Sarlet (2010) vê o meio ambiente do trabalho como um segmento do meio ambiente e propõe que a discussão do meio ambiente laboral passa pela análise dos aspectos conceituais e históricos, do meio ambiente, como um todo, e, desse modo, a discussão das questões alusivas ao ambiente de trabalho, como um direito humano do trabalhador envolve também a definição de aspectos conceituais, sobre a dignidade do ser humano, um dos núcleos basilares dos direitos fundamentais.

Dignidade, segundo Baez (2010, p. 14) é “um atributo congênito, irrenunciável e inalienável, inerente a todos os seres humanos”. Ao discorrer sobre a escravidão, o autor frisa que a mesma ‘coisifica’ o ser humano, caracterizando-se como violação da sua dignidade humana e reforça essa sua ideia ao dizer que o desrespeito à sua autodeterminação é uma violação da sua dignidade.

Desse modo, pode-se inferir que a dignidade da pessoa não é consequência do ordenamento jurídico, já que o antecede, sendo um bem inerente ao ser humano, que não pode ser retirado ou concedido ou, como colocado pelo próprio autor: “A dignidade da pessoa humana tem origem na natureza comum das pessoas, estando acima das peculiaridades culturais apresentadas pelos diversos povos” (BAEZ, 2010, p. 15)

Baez (2010) lembra que Immanuel Kant defendeu o postulado de que o ser humano possui autodeterminação e consciência para agir e que essa autonomia era a razão do homem ser um fim em si mesmo e não mero instrumento para uso arbitrário de vontades que não sejam suas (KANT, 1980), para, depois, parafraseando o filósofo, acrescentar que se algo possui preço pode ser substituído por outro objeto de mesma valia, mas o que não tem preço é insubstituível e, então, possui dignidade, algo que está acima de qualquer valor mensurável e é uma qualidade exclusiva da pessoa humana.

Sarlet (2010), numa crítica ao exacerbado antropocentrismo, diz que o ser humano, por sua racionalidade, ocupa posição privilegiada em relação aos outros seres vivos e entende o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental da espécie humana, no que é corroborado por Melo (2007), que dá ênfase, em sua análise, ao meio ambiente laboral, por tratar-se, também, de meio ambiente. Ou seja, Sarlet (2010) reconhece uma dimensão ambiental da dignidade do ser humano e cita Machado e Goldschmidt (2009), que extrapolam essa noção e conferem a essa dimensão ambiental da dignidade duas dimensões possíveis:

[...] a negativa ou defensiva, que o particular, a sociedade e o Estado assumem a postura de não atentar ou violar a dignidade de uma dada pessoa e outra que se denomina prestacional ou positiva, onde o homem individualmente, a sociedade e o Estado devem proporcionar ao homem os meios adequados para que este possa viver dignamente (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 48).

Percebe-se, assim, que, quando submetido a um meio ambiente de trabalho sem dignidade, o trabalhador tem sua saúde colocada em risco e, portanto, seu bem maior, o direito à vida, ameaçado, e que as consequências de sua exposição a um meio ambiente, que não é digno afetam, não só aquele trabalhador de forma individual, mas, sim, toda a coletividade, que sofre com tal prática.

Sob esse prisma, Moraes (2008) já havia colocado que o direito a um meio ambiente equilibrado é direito humano fundamental de terceira dimensão, sendo equivalente à solidariedade e à fraternidade, direitos que dizem respeito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, nos quais os interesses são pertinentes a indivíduos, que não firmaram vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Machado e Goldschmidt (2009), não só consideram necessário entender o conceito doutrinário e jurídico do meio ambiente, como citam Zsogon (2005, p. 13) para defini-lo como o “conjunto de objetos, fenômenos e circunstâncias em que um organismo vive e se desenvolve; é aquilo que cerca o indivíduo pensante”. Assim, o meio ambiente humano é um conjunto de sistemas formado por objetos e condições fisicamente definidas que, para Zsogon (2005), estabelece ações e reações mútuas com os seres vivos e geralmente constitui um ecossistema equilibrado, mas pode vir a sofrer consequências diversas das pretendidas, quando o homem procura exercer fatores de dominância.

Machado e Goldschmidt (2009) citam também Fiorillo (2000), para lembrar que este admite a

divisão do meio ambiente em: i) cultural; ii) artificial; iii) do trabalho; e iv) natural; mas que essa divisão tem apenas a função didática de delimitar o espectro do meio ambiente, que se está a estudar, pois o conceito de meio ambiente é indissociável da noção de direito à vida. E, dessas colocações, pode-se aduzir que o meio ambiente de trabalho deve também estar afeito às regras e diretrizes pertinentes à proteção do meio ambiente, em sentido amplo, de modo a preservar a vida do trabalhador, ao fomentar um meio ambiente de trabalho digno e é, sob essa ótica, que deve fundamentar-se a base jurídica que rege o meio ambiente do trabalho.

Machado e Goldschidmidt (2009) registram que o direito ao meio ambiente só foi reconhecido internacionalmente com as resoluções tomadas na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, que passaram a servir de referencial ético, no que diz respeito à proteção internacional do meio ambiente como um direito humano fundamental e permitiu que várias constituições editadas após este evento reconhecessem o meio ambiente saudável e equilibrado como um direito humano fundamental, acrescentando que a CF/88 foi a primeira constituição brasileira a explicitar o termo “meio ambiente” e que, nela, o legislador preocupou-se em tutelar todos os aspectos do meio ambiente (o natural, o artificial, o cultural e o do trabalho).

Melo (2007, p. 34) extrai deste texto constitucional dois objetos de proteção ambiental: “um imediato, que refere-se à qualidade do meio ambiente, em todos os seus aspectos, e, outro, mediato, que, por sua vez, diz respeito à saúde, segurança e o bem-estar do cidadão”. O autor acrescenta que, além do art. 225, da Carta Magna, preconizar o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as gerações presentes e futuras, também o art. 3º, I, da Lei Nº. 6.938/81, conceitua o meio ambiente e o considera como “o conjunto de condições, influências, leis e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Assim, pode-se depreender, das colocações postas, que o direito a um meio ambiente sadio é uma extensão do direito à vida, que o ambiente, onde as atividades laborais ocorrem consiste num dos espectros do meio ambiente e que, também, nele, cabe ao Estado o dever de evitar ameaças ambientais, que possam trazer riscos à vida e à saúde.

3. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O MEIO AMBIENTE E OS ADICIONAIS

Silva e Zapata (2013) destacam que o Supremo Tribunal Federal (STF) já deu mostras, em suas decisões, de ser favorável à supremacia dos direitos humanos fundamentais e entender que o ordenamento jurídico deve se voltar à proteção dos mesmos e registram que a CF/88 estabelece à legislação infraconstitucional, bem como aos tratados e convenções internacionais integrados ao nosso sistema jurídico, a obrigação de buscar meios, não apenas de tornar esses direitos efetivos, como, também, de retirar desses instrumentos a sua máxima eficácia, visto que se tratam de direitos essenciais à manutenção da vida humana. Segundo as autoras, o STF destaca a importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos e propõem, textualmente que, ao se tratar dessa matéria, os mesmos devem prevalecer sobre a legislação ordinária, que deles diverjam, por possuírem status supralegal todos os que foram ratificados antes da EC n. 45/2004, que, assim, ficam acima da legislação interna e abaixo da CR/88.

Delgado (2010) é outro autor a destacar a relevância da matéria, que discute o alcance e precedência dos direitos fundamentais do ser humano e assinala a necessidade de que se examine, de um lado, a crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, as relações entre o direito nacional (direito

positivo interno do Brasil) e o direito internacional, sobre o tema, tendo em vista o preceito inscrito no § 3º, do art. 5º, da CF/88, introduzido pela EC nº. 45/2004.

Para Delgado (2010), o grande desafio do Supremo Tribunal Federal, ao considerar o quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, consiste em extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos a máxima eficácia, de modo a tornar possível aos indivíduos e grupos sociais o acesso aos sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais, sob pena de que liberdade, tolerância e respeito à alteridade humana tornem-se palavras vãs.

Na linha da jurisprudência firmada, Silva e Zapata (2013) destacam o voto do Ministro Gilmar Mendes, que atribui caráter de “supralegalidade”, ou de hierarquia constitucional, a normatividade emergente dos tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, dado o limitado espaço de autonomia decisória proporcionado ao legislador comum, pela própria Constituição da República. Posta nestes termos, dizem as autoras, a controvérsia jurídica remete-se ao exame do conflito, entre as fontes internas e externas, de modo a permitir que, ao tratar de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem hierarquia, em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que exista situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de tratados internacionais.

Delgado (2010) assinala que, hoje, delinea-se uma nova perspectiva, no plano do direito, e que, ao invés de padrões consagrados no direito internacional clássico, os tratados e convenções já não consideram o ser humano como um sujeito estranho à atuação do Estado, no plano externo, com o direito internacional público passando a observar, também, a dimensão subjetiva da pessoa, cuja dignidade passou a ser reconhecida em sucessivas declarações e pactos, como um valor fundante do ordenamento jurídico, sobre o qual repousam os arcabouços institucionais dos Estados nacionais. Hoje, complementa o autor, tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo, no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

Silva e Zapata (2013) reforçam essa tese ao apontar decisão proferida pelo ministro Celso de Mello, em 12.03.2008, quando proferiu sentença afirmando que:

[...] sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, de caráter hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-lhes, sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos, supremacia e precedência em face de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal. (STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Relator. Min. Celso de Mello, j. 12.03.2008)

Por essas colocações, pode-se depreender que, tal como preconizado pelo ministro Gilmar Mendes, ao se cuidar de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes devam ser considerados como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas, em geral, ainda que subordinados à autoridade da Constituição. E que a percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, traz, como consequência, a atribuição de efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos, dos seres humanos, incorporando à jurisprudência das cortes o indiscutível primado que tais tratados devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, considerada a necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa.

E tendo em conta os argumentos até aqui expostos, sobre a prevalência dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, sobre a legislação interna do país, pode-se então, por analogia, aduzir-se que a prevalência da Convenção n. 155, da OIT, ante seus aspectos de proteção à vida, à saúde e à

dignidade do trabalhador, sobre o item 15.3, da NR-15, do TEM, c/c §2º, do art. 193, da CLT, encontra respaldo e embasamento legal e jurisprudencial, conforme entendimento já emanado da Corte Suprema brasileira, ao conferir a esta convenção internacional o status normativo de regra supralegal.

Nessa linha, é salutar registrar, mais uma vez, que o ambiente de trabalho necessita, igualmente, ser um ambiente digno, com segurança e defesa das condições saudáveis para a prática das atividades ali exercidas, a fim de que seja obtida maior produtividade e melhor qualidade de vida. Assim, o ciclo se forma, onde a vida exige tutela à saúde, para que o trabalho possa ser buscado e, dessa maneira, a dignidade seja alcançada.

Destarte, ainda que muitos autores, entre os quais Carrion (2006), Garcia (2012) e Martins (2010), fundamentando-se no item 15.3, da NR-15, do TEM, e no §2º, do art. 193, da CLT, defendam a postulação de que não pode haver o pagamento dos dois adicionais, ao mesmo tempo, esse entendimento começa a ser suplantado pelas decisões tomadas em várias cortes nacionais, em que as sentenças proferidas apontam em sentido oposto, considerando injusto que o empregado exposto aos agentes perigoso e insalubres tenham que optar por um deles e, assim, deixe de receber, cumulativamente, os dois adicionais, tendo em conta que as duas situações decorrem de fatos geradores, que são distintos e autônomos, com cada uma delas conferindo-lhe o direito ao adicional correspondente.

Dentre as decisões já emanadas sobre o tema, pode-se apontar:

ADICIONAIS INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

Havendo prova técnica a demonstrar que em um determinado período do contrato o reclamante estivera exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso, ele faz jus ao pagamento de ambos, haja vista que o disposto no art. 193, §2º da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador.

[...] A prova pericial constatou que, durante todo o período do contrato de trabalho, o reclamante esteve exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso (f. 439). Em que pesem as alegações da recorrente, entendo, em coro com o MM. Juízo a quo, que a regra contida no parágrafo 2º do art. 193 da CLT não pode se sobrepor aos princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalho. Assim, se o trabalhador presta serviços em condições insalubres (portanto, nocivas à saúde) e perigosas (que colocam em risco a sua própria sobrevivência), deve receber o adicional previsto para ambos os casos, eis que, no caso, o fundamento jurídico para o deferimento de cada parcela é distinto. (TRT 3ª Região – 1ª Turma, RO 2 00354-2006-002-03-00-4, Rel. Des. Marcus Moura Ferreira, DJ 27.10.2006).

Silva e Zapata (2013) citam, ainda, a ministra Dora Maria da Costa, da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, ao tratar do tema, pronunciou-se contra a possibilidade de renúncia a um dos adicionais, ao dispor textualmente que:

A marca da indisponibilidade dos direitos fundamentais se mostra sob duplo aspecto: a) ativo, na medida em que essa categoria de direitos se mostra inalienável pelo seu titular; e b) passivo, já que não podem ser expropriados por outros sujeitos, começando pelo próprio Estado, que tem o dever de garanti-los, e, evidentemente, no campo da relação laboral pelo empregador que tem a obrigação constitucional, legal e até mesmo moral de respeitá-los (art. 1º, 3º, 5º, 6º, 170, 196, 220, e 225 da Constituição, 157 da CLT, Leis 9.029/95, 8.080/90 e Convenções 155 e 161 da OIT). Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, inclusive aqueles de natureza social, criam condições de fazer fluir a vida em segurança, não constituindo meros programas. Direitos como a vida, a saúde, a segurança e o trabalho, constituem verdadeiras exigências ético-jurídicas ante o Estado, e também ao particular, que estabelecem, em comum e sistematicamente concatenados com os grandes princípios constantes dos arts. 1º, 3º e 5º do Texto Maior, ordem e respeito ao valor maior da dignidade humana que, como já anotado, permeia todo ordenamento jurídico, aí incluído, obviamente, o ordenamento laboral. Desse

modo, esses direitos são de natureza fundamental e pessoal, irrenunciáveis, indisponíveis e, por consequência, imprescritíveis mesmo quando sua afetação possa acontecer no seio de uma relação laboral ou do contrato de emprego. [...] De fato, estando-se diante de direitos humanos fundamentais, sua violação implica agressão à personalidade, à dignidade do ser humano enquanto tal e não como cidadão que exerce certa função ou integra uma categoria profissional, nem tampouco porque mantém um vínculo de emprego. Não se trata, pois, de meros direitos trabalhistas como pretendem alguns, ou civis no sentido estrito como sustentam outros. Ao contrário, está-se diante de direitos fundamentais de índole constitucional, considerados como cláusulas pétreas. Por consequência, dotados de proteção até mesmo contra o querer democrático, ou seja, contra a vontade do legislador (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88). (TST, AIRR 36200-93.2008.5.24.0046, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, 17.8.2012).

Todos esses posicionamentos em favor da dignidade do ser humana, também em questões de cunho social trabalhista, mostra a considerável atenção que os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e outras cortes estão dando à defesa destes direitos, tendo em conta a circunstância de hipossuficiência, em que o trabalhador encontra-se, e percebendo a necessidade da tutela do Estado, em relação à sua situação no ambiente de trabalho, por ser ele a parte vulnerável na relação laboral.

É, com base nas análises e sentenças proferidas, tanto por diversas unidades dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), quanto pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), e pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), que, lastreados nos princípios de proteção ao trabalhador e da dignidade humana, deram decisões em favor da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, que se extraem das conclusões apresentadas na sequência, e que consideram a defesa dos direitos humanos como algo a ser efetivado, inclusive no meio ambiente de trabalho, uma vez que a proteção à saúde e à vida do empregado não pode ser relegada a segundo plano, por tratar-se de imposição constitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, na literatura estudada, que o ambiente de trabalho é percebido, hoje, como um segmento particular do meio ambiente de trabalho, em sentido amplo e, portanto, é, tal como este, considerado como um direito humano fundamental. Nesse contexto, observou-se, também, a concordância, entre os diversos autores analisados, de ser necessário que o trabalhador desempenhe seus serviços, em um meio ambiente equilibrado, que preserve sua vida, sua saúde e que não o avilte em sua dignidade.

Por outro lado, também constatou-se que alguns trabalhadores ainda estão expostos a ambientes insalubres e perigosos, que, de forma isolada ou conjunta, afeta-os e que, por isso mesmo, fazem jus aos respectivos adicionais de insalubridade e periculosidade, que significam a contraprestação pecuniária, por estarem expostos às condições mais gravosas de tais ambientes, diferentemente de outros empregados, e que existe legislação infraconstitucional determinando a impossibilidade de cumulatividade destes adicionais, ainda que ocorram concomitantemente.

Todavia, ao considerar que essa interpretação restritiva dada ao art. 193, § 2º, da CLT, que impede o empregado, exposto, simultaneamente, às condições de insalubridade e periculosidade, de receber os dois benefícios, não foi recepcionada pela Constituição de 1988 e também está em desacordo com as propostas da Convenção 155, da OIT, pode-se entender tal interpretação como errônea e que, à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como dos dispositivos constitucionais insculpidos no art. 5º, caput, e art. 7º, incisos XXIII e XXIII, da CF/88, os adicionais de insalubridade e periculosidade podem e devem ser pagos cumulativamente, se o trabalhador estiver exposto, simultaneamente, aos fatos geradores da insalubridade e periculosidade.

Com base na premissa de que, embora a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade tenha sua impossibilidade determinada pela norma de N^o. 15, da Portaria N^o. 3.214/78, que regulamentou as normas do Capítulo V, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não só a Convenção 155, da OIT, com, também, os demais tratados e convenções internacionais, integrados ao sistema jurídico brasileiro, possuem caráter de “supralegalidade” e hierarquia constitucional, diante da legislação comum, e que, dessa forma, os trabalhadores submetidos, de modo simultâneo às condições de insalubridade e periculosidade, devem receber a contraprestação pecuniária correspondentes aos respectivos adicionais, de forma cumulada, sob pena de serem feridos no próprio direito à vida.

Sob tal norte, o trabalho teve como objetivo principal avaliar a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tomando-se como base os princípios e normas da CF/88 e do Direito do Trabalho e, com tal propósito, foi realizado um estudo, tanto sobre a interpretação dada ao art. 193, §2^o, da CLT, quanto sobre todas outras normas constitucionais e legais, inclusive internacionais, de modo a questionar a interpretação dada por grande parte dos operadores do Direito, sobre o tema.

Com base na leitura feita, pode-se depreender que, com a defesa da cumulação dos aludidos adicionais, não se busca monetizar o risco, mas, sim, forçar os empregadores a buscarem medidas com vistas à melhoria das condições no meio ambiente laboral, tendo em conta que a Lei Maior garante o direito ao trabalho, em ambiente ecologicamente equilibrado, salubre e sem riscos. Trata-se, nesses moldes, da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, na busca de sua maior proteção.

Sob este enfoque, e diante das exposições trazidas, ao longo do texto, não é difícil perceber que, por tratar-se da norma mais favorável, a Convenção n. 155, da OIT, em seu art. 11, b, c/c a CR/88, art. 1^o, III e IV; 5^o, caput, e §§ 2^o e 3^o; 6^o; 7^o, XXII e XXIII; 196; 200, VIII e 225, deverão prevalecer, posto serem instrumentos que trazem maiores e melhores benefícios ao trabalhador que se encontra em exposição simultânea a agentes agressivos diversos, especialmente o insalubre e perigoso.

Registre-se, ainda que a quase totalidade das decisões judiciais, pertinentes ao tema, tomadas nos últimos anos, suscitam ponderações relevantes, acerca da aplicabilidade dessa norma mais favorável ao trabalhador e que a jurisprudência tem se firmado contrariamente à aplicação pura e simples do art. 193, § 2^o, da CLT, tanto por entender que essa aplicação pura e simples cria situação destoante dos fins sociais, para os quais as regras de saúde, segurança, higiene e medicina no trabalho foram instituídas, como por reconhecer a hierarquia dos tratados e convenções internacionais, sobre a legislação infraconstitucional.

Assim, compreende-se que a imposição judicial, que integra as disposições da CF/88 e da CLT, sobre saúde e medicina do trabalho às normas e disposições de tratados internacionais e obriga o empregador a arcar com adicionais cumulativos, quantos existirem, simultaneamente, tais agentes agressivos, é um meio capaz de desestimular a prestação de serviços em condições mais gravosas aos direitos fundamentais do trabalhador.

E, a partir da interpretação normativa embasada, não só na literalidade das leis, mas, principalmente, no contexto em que foram criadas e devem ser aplicadas, entende-se haver sustentação nos argumentos apresentados, ao longo deste estudo, de modo que se julgam demonstradas as razões principiológicas e legais que justificam a ideia de prevalência do status normativo, dos tratados internacionais, sobre direitos humanos, sobre a legislação ordinária e, desse modo, a impossibilidade de se proibir a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 25/10/2016.

_____. **Decreto n. 1.254, de 29 de Setembro de 1994**. Promulga a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/112849/decreto-1254-94>>. Acesso 25/10/16.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em: 25/10/2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 87.585-8/TO, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12.03.2008. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf> Acesso em: 25/10/2016.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. AIRR n. 36200-93.2008.5.24.0046, Relatora Ministra. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, 17.8.2012. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>>.

CONSTITUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE DIREITOS REAIS NO CONTEXTO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO

José de Arimatéia Barbosa¹⁴⁸

RESUMO

Este artigo tem como objeto delimitado realizar uma investigação sobre a Constituição e Transmissão de Direitos Reais, Globalização (ou Transnacionalidade), limitando-a a função sócio/econômica do contrato que as constituem, com destaque para Europa e Latino-americana. Justifica-se plenamente, pois possibilita o desenvolvimento e o aprofundamento das bases fundamentais do direito por meio das teorias existentes; doutrinas sobre o tema e a melhor técnica de observação de casos na prática diária. Pretende-se explicar que a função social e econômica do contrato na Constituição e transmissão de Direitos reais não é privativa deste instituto, posto que todo direito tem uma função social econômica implícita, que dispensa referência expressa e que somente pode ser exercida em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecida. No entanto, este marco se tornaria inalcançável se ele não fosse referendado e/ou ratificado na Carta Magna, como corolário dos imperativos constitucionais. Do exposto, depreende-se que o fortalecimento da função sócio/econômica expressa no diploma legal valoriza a correção do comportamento, a solidariedade social, a boa-fé contratual, o bem-estar comum e, sobretudo a dignidade e o apreço à pessoa humana. Utilizou-se uma mpo Novo do Parecis (MT) Conselheiro da ANOREG/MT; Membro do Observatório de Direitos Humanos, Bioética e meio ambiente da Universidade de Salerno- Itália. Graduado em Ciências Jurídicas, Pós-Graduado em Direito Público, Direito Notarial e Registral, Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) – Buenos Aires, da qual é membro de seu comitê acadêmico. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina-Itália, em 2013/2014, in Corso Internazionale post dottorato di perfezionamento e di alta formazione su La Proprietà tra Diritto Europeo e Diritto Latino-Americano e na Universidade de Coimbra- Portugal (2014/2015), no programa de Pós-doutoramento em Direito das Coisas, Direito Notarial e Direito Registral onde apresentou Projeto sob o tema: Constituição e Transmissão de Direitos reais no contexto do Mercosul e da Globalização. metodologia composta de pesquisa bibliográfica qualitativa não experimental com técnicas de levantamento documental em bancos de dados virtuais.

Palavras-chave: Direitos Reais. Globalização. Transnacionalidade. Registros.

148 Registrador de imóveis na comarca de Campo Novo do Parecis (MT) Conselheiro da ANOREG/MT; Membro do Observatório de Direitos Humanos, Bioética e meio ambiente da Universidade de Salerno- Itália. Graduado em Ciências Jurídicas, Pós-Graduado em Direito Público, Direito Notarial e Registral, Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) – Buenos Aires, da qual é membro de seu comitê acadêmico. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina-Itália, em 2013/2014, in Corso Internazionale post dottorato di perfezionamento e di alta formazione su La Proprietà tra Diritto Europeo e Diritto Latino-Americano e na Universidade de Coimbra- Portugal (2014/2015), no programa de Pós-doutoramento em Direito das Coisas, Direito Notarial e Direito Registral onde apresentou Projeto sob o tema: Constituição e Transmissão de Direitos reais no contexto do Mercosul e da Globalização. Endereço eletrônico: josearimateiabarbosa@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Reais seguem o conceito do renomado jurista português, José de Oliveira Acensão, no qual ele afirma que estes deveriam ser tratados como direito de coisas, adotando assim sua origem do latim: *res, rei* ou coisas. Chalhub citando Acensão (2014, pág. 23-25), assevera que “o direito das coisas e o das obrigações - situam-se no contexto dos chamados direitos patrimoniais, que são aqueles cujo conteúdo pode ser convertido em expressão pecuniária”.

Aqueles se referem às coisas e os últimos às relações patrimoniais entre pessoas. Nesse binômio reside nosso grande desafio; qual seja: demonstrar a discrepância existente entre as teorias realista ou clássica e a personalíssima; esta última, sustentando que Direito real caracteriza-se pela existência de um poder direto que liga uma pessoa à coisa e essa última contradizendo-a, assinalando que é inadequado falar-se numa relação de pessoa com coisa.

Desse dissenso surgem os seguintes questionamentos:

- Como a relativização dos conceitos jurídicos globalizados podem ser minimizados tendo em vista a necessidade de isonomia contratual em conjuminância com o imperativo da função sócio/econômica do contrato?
- De que forma o Direito Civil pode ter suas funções precípuas garantidas, quando tem de fazer frente às relações contratuais tendentes a se consubstanciarem tão somente com o imperativo da vontade das partes?
- Por que as relações privadas envolvendo a constituição e transmissão dos Direitos reais, sua organização dominial, ainda geram uma situação de insegurança no direito?

Como todo direito tem uma função social econômica implícita, a constituição e transmissão de direitos reais não sendo privativa do contrato que lhe dá origem, tem-se que este não pode alijar os direitos de outros e de terceiros na sua perfectibilização. Ou seja, quando isso acontece, tem-se um quadro em que a função social da propriedade não se cumpre plenamente. A justificativa para frisar a importância de se garantir tal cumprimento está no fato de a Carta Magna ratificá-lo. O que se busca é o fortalecimento da função sócio/econômica expressa no diploma legal. Os preceitos da solidariedade social, da boa-fé contratual, o bem-estar comum e a dignidade da pessoa humana devem ser garantidos pelo Estado.

Ao reverso do que se falou até aqui, por força do império do Capitalismo, a propriedade deixa de ser vista como bem social, mas sim como ativo de investimentos circulantes. Nasce assim, uma nova teoria contratual, pela qual, fazendo-se uma nova leitura da moderna cultura jurídica, majoritariamente, os operadores do Direito buscam afastar-se do exacerbado positivismo de que a “lei é dura, mas é a lei”.

Há variadas interpretações contemplando a visão tridimensional do Direito, ou seja, a interação dinâmica do Direito, a norma e o valor. Nela, há um fenômeno jurídico e é necessário que haja o fato de fundo. Ou seja, um valor que determina certa significação ao fato e uma norma que busque preservar determinado fim ou objetivo que procura a sociedade. Este que deve integrar o Direito dentro do valor. O fato está claro: há a necessidade de garantir a função social da propriedade para o bem coletivo, e não somente a uma ínfima parcela da sociedade.

Tendo presente todos os fatos e elementos apontados, vê-se de modo claro a necessidade em compreender que a função sócio/econômica do contrato nas vigentes Constituições e nos Códigos Civis

de distintos Países é fruto de uma nova leitura que hoje se faz do Direito no contexto do MERCOSUL e da globalização, a merecer interpretação moderna e uso de “novas ferramentas” objetivando conviver com a lei imperial sobrepondo o império da lei, realidade latente onde se vê uma verdadeira mutação do Estado nacional em um Estado pós e/ou transnacional.

No dizer de Bittar (2005, p. 335), essa mudança acarreta o enfraquecimento da ideia absoluta de soberania e emerge o conceito de bloco de interesses, cuja tendência é muito maior do que simplesmente ingressar em blocos econômicos continentais. Pois se trata, ao que tudo indica, da criação de uma concepção de democracia cosmopolita. Sendo que ela está a projetar-se como aliança forte em temas da agenda mundial.

Não se pode negar que nesse processo em mutação predomina cada vez mais a influência do sistema econômico/financeiro mundial sobre nação e região, e, conseqüentemente se observa que cada vez mais são maiores as influências desses sistemas sobre o Direito, e como já se falou alhures, o Estado Nacional perde a exclusividade da regulamentação dos seus próprios sistemas.

Posto isso e em resposta ao que se questiona; prosseguindo com nossas reflexões eis o resumo dos argumentos desenvolvidos neste estudo, cujos eixos estão assim orientados: Globalização (ou Transnacionalidade): Inexistência de um Poder central localizado. Existência de um novo poder difuso, que estende sua rede por toda sociedade civil, criando assim uma Lei imperial a afrontar o Império da Lei.

1.1 O mundo atual vai além dos limites dos pactos individuais

Assim, *in casu*, a constituição e transmissão dos direitos oriundos das relações jurídicas, permanecerão sempre pautadas pelos riscos e perigos, fato que na visão de Giddens (2002) devem ser vistos não como um momento de crise, mas como um estado de coisas mais ou menos permanentes. Com o desenvolvimento da internet como uma rede de conexão planetária que, disponibilizando conhecimento, veiculando em tempo real os acontecimentos mundiais e tornando as transações comerciais mais rápidas, instaura um novo paradigma em relação às identidades por intermédio de uma cultura da simulação.

Coerente com o problema ora enfrentado, trazendo à colação o que se vê de mudança como lecionado por Dubar (2006), fácil é concluir que se é verdade que um maior número de pessoas partilhe um período equilibrado de permanente crescimento de políticas transparentes e instituições legítimas, não é menos verdade que a ruptura desse equilíbrio instaure uma situação de crise, a qual provoca a mudança de normas, de modelos e de terminologia.

E mais, ocasiona uma desestabilização das referências das denominações e dos sistemas simbólicos anteriores a toca, em última análise, em uma perspectiva crucial: a subjetividade, ou seja, do funcionamento psíquico e das formas de individualidade, dentre as quais se destaca a ênfase na economia de livre mercado e conseqüente restrição à noção de bem estar comum e as políticas que o definem.

A crise financeira de 2008, levada a cabo com a bolha imobiliária nos EUA, em razão de um mercado financeiro desregulado é a prova insofismável das conseqüências que o egoísmo humano em termos de miséria moral, causada pela falta de ética e de respeito aos direitos humanos e pelo dano material imposto a um povo por perverso sistema pelo qual, segundo pesquisa da ONU 1% da população mundial controla 40% da riqueza do planeta, atacando assim sistematicamente o Estado social e em conseqüência o hipossuficiente.

Segundo a Teoria da Função social, mesmo existindo pactos internacionais, firmados por grande número de nações democratas, visando à proteção dos direitos civis, políticos socioeconômicos/ambientais;

países como os EUA ainda não sensibilizaram quanto a esse compartilhamento planetário.

A título de ilustração meditemos no que a obra *Suma Pontifícia*, de Santo Tomaz de Aquino nos revela, segundo tradução brasileira do jurista Alexandre Correa, citado pelo professor português Paulo Ferreira da Cunha (RDI-IRIB, p. 116):

“Relativamente, as coisas exteriores têm os homens dois poderes: Um é a de administrá-las e distribuí-las. E quanto a esse, é lícito possuir cousas como próprias. O que é mesmo necessário à vida humana, por três razões: A primeira é que cada um é mais solícito em administrar o que a si só lhe pertence, do que o comum a todos ou a muitos. Porque, nesse caso, cada qual, fugindo do trabalho, abandona a outrem o pertencente ao bem comum, como se dá quando há muitos criados. Segundo, porque as cousas humanas são melhor tratadas, se cada um emprega os seus cuidados em administrar uma cousa determinada, pois se ao contrário, cada qual administrasse indeterminadamente qualquer cousa, haveria confusão. Terceiro, porque, assim, cada um, estando contente com o seu, melhor se conserva a paz entre os homens. Por isso vemos nascerem constantemente rixas entre possuidores de uma coisa comum e individualmente. O outro poder que tem o homem sobre as cousas exteriores é o uso delas. E quanto a este. O homem não deve ter as cousas exteriores como próprias, mas como comuns, de modo que cada um as comunique facilmente aos outros quando delas tiverem necessidade. Por isso diz o apóstolo: Manda aos ricos deste mundo que deem, que repartam francamente”.

Confrontando a função social do contrato com a autonomia da vontade individual e dignidade da pessoa humana apresenta-se a seguinte análise histórica, sociojurídica derivada da hodierna prática das questões em evidência.

Em relação à função social do contrato no Direito Comparado, a começar por Portugal, observa-se que o disposto nesse sentido pela Constituição de 1966, modificada em 1977 pelo Decreto-Lei 496/77 alude a esse tema, dentre outros, em seus artigos 61, 81, 85, 93-95, sempre estabelecendo metas para o Estado reprimir abusos do poder econômico, impedindo a formação de monopólios privados, objetivando eliminar o Latifúndio e ao reverso, redimensionar o minifúndio. Acredita-se que o faz, por razões óbvias, em face das poucas áreas produtivas em um território de pequena dimensão, se comparado com o Brasil.

Da leitura do Código Civil Português, promulgado pelo Decreto Lei 47.344/ 1966, notadamente quanto aos artigos 227, 282, 334, 405, 437, 1305, vê-se que discrepância há entre ele e a constituição. Essa constituição que fora outorgada 10 anos antes daquele, razão pela qual, acredita-se não ter sido ele por ela recepcionado, já que mantem um conceito antigo do direito real de propriedade, a exemplo dos códigos civis da França, Espanha, Itália, Argentina, nos quais se dá ênfase à economia de mercado e ao individualismo a demonstrar restrição à noção de bem-estar social. A título de ilustração, eis o disposto em um dos citados artigos, a justificar a assertiva trazida à tona em linhas volvidas:

Código Civil Português:

Artigo 1.305. O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.

Código Civil Francês:

Artículo 544. La propiedad constituye el derecho a disfrutar y disponer de una cosa de la manera

más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos.

Article 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

Código Civil Espanhol:

Artículo 348. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

Código Civil Italiano:

Articolo 832. (Contenuto del diritto) Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Código Civil Argentino:

Art.2515. El propietario tiene la facultad de ejecutar, respecto de la cosa, todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla o arrendarla, y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas. Puede abdicar su propiedad, abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona.

Observa-se que nos códigos civis dos citados países, nenhuma referência faz à função social do contrato, mantendo-se fiel, portanto, ao liberalismo e individualismo, lemas da revolução francesa.

Nos Países da *Common Law*, Mariana Ribeiro Santiago citando Maria Helena Diniz (2009, p. 160), preleciona que: “nesse sistema, em que o Direito é essencialmente econômico e não, uma moral transplantada para o campo do Direito como na Civil Law, o contrato não se forma na ausência da *valuable consideration*, intenção de produzir vínculo juridicamente válido, complementando a oferta e a aceitação, conferindo validade ao contrato”.

Conclui-se que a contratação nos Países da *Common Law* não se limita ao simples acordo de vontade, neles, necessário se faz a *consideration*, que em síntese é o elemento fundamentado na reciprocidade, esse entendido como sendo o benefício do contratado (devedor) em detrimento do contratante (credor), não importando o desequilíbrio da prestação e contraprestação pactuada entre eles.

1.2 Organização dominial-sistemas registraes imobiliários

A Constituição e a transmissão de Direitos reais relativos a bens imóveis no Brasil, Chile e Alemanha demonstram que é constitutivo e somente se dá através do Registro Imobiliário. Portugal, Espanha e em grande parte dos Países Europeus e Latino-americanos, sua eficácia publicitária é meramente declarativa. A jurista portuguesa, Isabel Pereira Mendes, (2003, p. 23), classifica como sendo os mais importantes e tradicionais, os seguintes sistemas registraes:

I - Privatista (Francês) = O Direito real se constitui, somente pelo contrato. A publicidade, só existe para oponibilidade a terceiros. É também chamado de sistema de transcrição. Sua aplicação se dá na França; Bélgica, Itália e Luxemburgo.

II - Publicista (Alemão) = Imprescindível a publicidade para Constituição de Direito Real. Também chamado de Sistema da entabulação, pois o ato assume caráter de negócio jurídico abstrato, em razão de prévio acordo mútuo entre os contratantes, ou seja, desvincula-se o negócio da causa, causa essa independente do título que lhe dá origem. Ex. VC; permuta; doação etc.

De acordo com o sistema Registral na Alemanha, há um exame prévio do título que serve de instrumento de transmissão. Ou seja, transferência da coisa perante Juízes do RI. Essa medida exige cadastro rigoroso de todo imóvel; ao reverso do Brasil onde a matrícula surgiu primeiro. Até hoje inexistente uma lei nacional de cadastro e a que está em vigor, destina-se a fins tributários.

III- *Sistema Torrens* (australiano). - Facultativo no Brasil- art. 277 da LRP, criado em 1890.

João Afonso Borges cita Serpa Lopes (1960, p 21): “antes dessa legislação, havia na Austrália, uma distinção bem nítida entre direitos de propriedade adquiridos sobre terras públicas e direitos sobre terras privadas; os primeiros, os primeiros absolutos e perfeitamente assegurados; os segundos muito expostos às reivindicações e mal tutelados”.

Assevera que o *Sistema Torrens* propôs-se então, dirimir esse estado de coisas, fazendo da matrícula no registro fundiário, uma prova segura do direito de propriedade.

Outro brasileiro de renome internacional, Dr. Sérgio Jacomino, colega exemplar, grande estudioso desse tema, em setembro de 2011, coordenou um workshop no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde o tema central foi saber se o registro *torrens* seria a ferramenta ideal para a regularização fundiária da Amazônia legal, que prefiro chamar de brasileira.

Ao final, conclui-se ser inaplicável naquela região e para ele fim, ocorrido na Austrália dos anos 1860. Seguindo lição da Dra. Izabel, citada em linhas volvidas, a pureza dos mencionados sistemas registrais foi adulterada pela conjugação com normas ou princípios que regem os outros.

Exemplo oportuno é o Sistema eclético -Constitutivo (Brasileiro). No Brasil o registro é obrigatório. Exige publicidade e constituição do Direito real, através do SRI e conjuga os dois outros, com o título causal e sua publicidade. Exceto em aquisições por sucessão causa mortis, na qual a herança se transmite desde logo aos herdeiros (art. 1.784 - Código Civil).

Nos casos inter-vivos, a constituição do Direito real se efetiva somente pelo Registro de Imóveis (art. 1.245: Código Civil). É de se destacar que no sistema brasileiro esse registro obrigatório tem efeito *juris tantum*, ou seja, eficácia meramente relativa, pois mesmo tendo como princípio a fé pública. É possível existir algum erro no registro. Isso não ocorre no sistema registral da Alemanha onde o efeito do ato registral é *juris et de juris*, ou seja, para o ato de registro praticado naquele País há uma absoluta presunção de verdade.

Para tratar dos Sistemas notariais e registrais ao redor do mundo, apresentamos a seguir, Artigo do presidente do IRIB, vice-presidente do Colégio Registral do RS e oficial titular da 1ª Zona de Porto

Alegre/RS, João Pedro Lamana Paiva¹⁴⁹, que ao final enaltece a pessoa do colega Sérgio Jacomino, presente entre nós, referência mundial de registrador imobiliário.

Ao redor do Mundo, há muitos sistemas registrais e notariais, cada um deles guardando identidade com suas origens históricas, políticas e culturais. Entretanto, há “cartórios” de registros e notas em todas as regiões do planeta. Praticamente não há país que não os tenha. Até mesmo em países que extinguiram sistemas de registro, como foi o caso de Cuba e da União Soviética, que extinguiram seus sistemas registrais imobiliários em decorrência do estabelecimento de um sistema político que não admite a propriedade privada, o registro imobiliário foi revigorado para possibilitar o uso e a fruição da propriedade imobiliária de uma forma organizada e segura.

Há, entretanto, sistemas de grande tradição histórica, como o anglo-saxão (ou da *Common Law*) e o de origem romana (ou do notariado latino), os quais apresentam diferenças bastante acentuadas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde vigora um sistema de origem anglo-saxônica, predomina uma peculiaridade daquele sistema em que o notário é um simples “produtor” de depoimentos tomados em sua presença, não oferecendo nenhum grau de segurança jurídica ao negócio realizado. Quando se trata de negócio imobiliário, há arquivos onde se pode promover o depósito de documentos que comprovem a boa origem do imóvel, os quais podem ser consultados pelo interessado em adquiri-lo, para verificar sobre essa origem e, se decidir fazer a compra, contratará um seguro que garantirá a operação.

Como dito, esse é o sistema predominante nos EUA porque, dependendo da autonomia de cada Estado, as peculiaridades podem ser diferentes, como, por exemplo, no Estado de Massachusetts, que adota, para o registro de imóveis, o *Sistema Torrens*, de origem australiana, que também foi introduzido no Brasil a partir de 1890, estando ainda em vigor somente para imóveis rurais como registro imobiliário facultativo.

No sistema latino, a segurança vem da intervenção do notário e do registrador, ao passo que nos sistemas de origem anglo-saxônica a segurança vem da contratação de um seguro. Este último é um sistema mais caro e considerado juridicamente menos eficiente, apesar de ser adotado por muitos países ricos.

Há vários países europeus, entretanto, que praticam sistemas cuja base é originária do notariado latino, como o sistema espanhol. Já o sistema registral hispânico é considerado o mais aperfeiçoado do Mundo que, integrando-se a um esforço conjunto com o português e o brasileiro, tem proporcionado, aos diversos operadores, a realização de muitos estudos e trocas de valiosas experiências.

Aqui no Brasil, as características do sistema pretendem dar segurança aos negociantes, esmiuçando juridicamente o contrato, antes de conferir-lhe o devido registro. É um sistema infinitamente mais barato, porque cada ato praticado diz respeito somente a uma situação episódica na vida do cidadão, não requerendo a renovação permanente de um seguro para a garantia do contrato.

A tradição do sistema imobiliário brasileiro mantém a exigência do duplo requisito (o título e o modo) para a aquisição da propriedade imobiliária. O título é a escritura notarial, o instrumento particular, o administrativo ou um documento judicial apto à transmissão. O modo é o registro no álbum imobiliário, sem o qual a propriedade não se transmite, conferindo grande segurança jurídica aos transmitentes, seguindo o velho chavão “só é dono quem registra”.

Assim, se uma pessoa compra um imóvel no Brasil, vai pagar os custos da escritura lavrada pelo Tabelião e do registro feito no cartório do Registro de Imóveis para garantia da segurança jurídica do

149 INSTITUTO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. Sistemas notariais e registrais ao redor do mundo. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=4913>>. 1 jun. de 2015.

negócio. Como essa sistemática não existe em países como os EUA, o que vai garantir o negócio lá será o seguro de responsabilidade civil, renovado todos os anos, o que encarece a operação. Isso, aliás, tem feito com que alguns dos Estados norte-americanos estejam criando legislações locais que adotam o modelo do notariado do tipo latino.

O sistema que melhor se tem afeiçoado às economias de mercado tem sido o Latino, que confere ampla publicidade aos atos e, de acordo com a opinião de Sérgio Jacomino, um bem elaborado sistema de registro de imóveis é a chave para o incremento dos negócios imobiliários e o desenvolvimento social e econômico¹⁵⁰.

De acordo com o *Doing Business* (2014), publicado pelo Banco Mundial, nosso país é o que apresenta um dos menores custos do Mundo para a realização do registro de propriedade imobiliária. De acordo com esse estudo, o custo do procedimento no Brasil é 50% menor que a média da América Latina. Podemos constatar, portanto, há uma alta qualidade de nossos sistemas registrais e notariais. Os quais estão entre os melhores do mundo. Eles oferecem aos cidadãos, em todos os recantos do país, o melhor em termos de autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos, e tudo isso a um baixo custo operacional.

No Brasil, conforme se depreende do exposto, regime jurídico dos contratos e organização dominial - prevê a existência de um título pelo qual, uma vez registrado no respectivo Serviço imobiliário existente em cada comarca do País, constitui a garantia do Direito de Propriedade de um bem imóvel, principal direito real, elencado entre tantos outros, seguindo ordem prevista no código civil brasileiro, em seu art. 1225.

Quer os sistemas usem registros de documentos e de direitos, imponham ou não as intervenções notariais utilizem ou não seguros de títulos, eles são desenvolvidos por profissionais ou organizações diferentes e são regidos por orientações opostas à preparação dos contratos, entre partes; ou então, os efeitos do registro incidem sobre terceiros. Assim será, caso se tratar de mera publicidade dos documentos contratuais ou, com mais razão ainda, o sistema intervir para forçar a depuração de todas as transações. Deste modo lhe permitindo fazer publicidade dos direitos reais, como ocorre na Alemanha, Áustria, Espanha e Inglaterra, países com registros de direito.

O fato de o contrato entre as partes se instrumentalizarem em escritura pública reforça a qualidade da prova. Porém, não modifica seu caráter de contrato privado entre partes, uma vez que não se produz o consentimento dos demais titulares de direitos reais afetados pelo contrato.

Os diversos sistemas registrais diferem quanto à organização dessa segunda fase contratual, que é própria dos direitos reais e tem como objetivo reunir o consentimento de todos os titulares de direitos reais que tenham sido afetados pelo primeiro contrato entre as partes.

Desse modo, nenhum titular é prejudicado ou fica privado de seu direito em virtude de ações de terceiros sem seu consentimento. Tão só, quando se outorga o consentimento, ficam depurados os novos direitos de toda contradição. Razão pela qual se fala amiúde desse segundo contrato como de “depuração” ou “purgação” dos direitos .

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esses estudos são importantes porque demonstram que somente através da interação e convivência harmônica entre as nações civilizadas, vislumbrar-se-á caminhos que apontem mecanismos factíveis,

150 Disponível em http://www.quinto.com.br/artigos_06.htm, acesso em 25.5.2015

práticos e conjuminantes da autonomia privada (função individual) com a função social.

Entretanto, não há dúvida de que as forças do mercado tendam a sopesar a balança em favor do primeiro em prejuízo claro ao segundo. Deste modo, a falta de diálogo que temos no quadro atual, mostra que pouca voz ativa tem as pessoas que são prejudicadas. É o mais forte impondo implacavelmente a força de seu interesse, valendo-se dos mecanismos legais, contratos perfectibilizados dentro das normas, porém imorais, dado as perdas coletivas resultantes. Estes são os fatos. Quais são e onde estão os valores? Há que se reformular a norma tendo por perspectiva a teoria tridimensional do direito? Quais regulamentações ainda são necessárias para se alcançar os objetivos ali expressos?

Estas perguntas permanecem, entretanto é premente a necessidade de garantir o que a Carta maior brasileira prevê como direito. Notório é, que, ao arrepio da soberania nacional, forças estranhas às quais podemos chamar de leis imperiais, fomentam as ações coletivas e individuais ao longo do processo de abertura de fronteiras em busca de recursos destinados à rede mundial do agroindustrial, mercantil e do negócio financeiro.

Uma leitura crítica da sociedade, marcada pela revolução tecnológica nos leva a perceber a importância do conceito de autonomia na vida subjetiva e na relação social, principalmente onde os conflitos se evidenciam como uma patologia marcante na história envolvendo o capital, trabalho e o bem-estar da pessoa humana.

Considerando o que foi mostrado, julga-se importante conciliar os conceitos do domínio da TI com correlatos às transações tornadas possíveis no ambiente virtual a fim de que se possam realizar negócios jurídicos comerciais seguros. Dentre alguns mecanismos, propõe-se também a criptografia assimétrica. Considerando que a assinatura digital é um meio de autenticação das partes contraentes em obrigação garantidora de que as partes não poderão alegar desconhecimento e/ou ignorância.

REFERÊNCIAS

- ARRUÑADA, Benito. In: **Revista de Direito Imobiliário**. Edição nº 56. Ed. Thomson Reuters/RT - em parceria com o IRIB.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro. Forense, 2005, pag. 355.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos Reais** - 2ª Ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2014.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. In: **Revista de Direito Imobiliário**. Edição nº 56. Ed. Thomson Reuters/RT - em parceria com o IRIB.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DOING BUSINES. **Registro de propriedades no Brasil tem um dos menores custos do mundo, aponta Banco Mundial**. 2014.
- DUBAR, Claude. **A crise das identidades: a interpretação de uma mutação**. São Paulo: Edusp, 2015.
- ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. **O registro Torrens brasileiro e o Sistema Imobiliário atual**. XVIII Encontro Do Comitê Latino Americano De Consulta Registral. Santo Domingo/República Dominicana. 22 a 26 de março de 2004.
- GIDDENS, A. **Modernidade e identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- INSTITUTO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. **Sistemas notariais e registrais ao redor do mundo**. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=4913>>. 1 jun. de 2015.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratado de Registros Públicos**. 1960.
- MENDES, Isabel Pereira. **Estudos sobre Registro Predial**. Coimbra: Almedina, 2003.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 1245 do Código Civil - Lei 10406/02.

ROTATIVIDADE, LEIS, ANAIS DA ASSEMBLEIA PROVINCIAL, FALAS E RELATÓRIOS DOS PRESIDENTES DA PROVÍNCIA: IMPACTOS SOB A INSTRUÇÃO PÚBLICA PRIMÁRIA

*Loyane Cristine Cafeiro Monteiro*¹⁵¹

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar os impactos da administração do governo imperial sob a instrução pública primária na segunda metade do século XIX por meio da análise dos dados dos documentos utilizados para a pesquisa “Política e Educação na Província de Minas Gerais: implicações da alta rotatividade no cargo de presidente na formulação das políticas de instrução pública primária (1850-1889)”, coordenada pela professora Vera Lúcia Nogueira. Com a intenção de se criar uma prosopografia, ou seja, biografia coletiva, dos presidentes da província de Minas Gerais, os dados apresentados já revelam inicialmente uma propensão ao jogo de interesses políticos referentes à educação.

Palavras-chave: presidentes da província, século xix, minas gerais, instrução pública.

151 Pedagoga formada pela Universidade do Estado de Minas Gerais participa como voluntária na pesquisa “Política e Educação na Província de Minas Gerais: implicações da alta rotatividade no cargo de presidente na formulação das políticas de instrução pública primária (1850-1889)” coordenada pela professora Vera Lúcia Nogueira. Contato: pesquisapresidentes@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo apresenta uma breve explanação do que foi apurado com a pesquisa “Política e Educação na Província de Minas Gerais: implicações da alta rotatividade no cargo de presidente na formulação das políticas de instrução pública primária (1850-1889)” coordenada pela professora Vera Lúcia Nogueira durante o processo de Iniciação Científica fomentado pelo CNPq entre os períodos de Março a Julho de 2016 e algumas amostragens de dados obtidos com o trabalho.

O projeto aqui retratado consiste em investigar as implicações da instabilidade administrativa resultante da alta rotatividade no cargo de presidente de província na formulação das políticas de instrução pública primária em Minas Gerais, no período de 1850 a 1889. Foi objetivado pelo projeto de catalogar fontes que permitam a escrita de uma história da educação de Minas Gerais, na segunda metade do século XIX, visto que existem poucas informações sobre o império e a instrução na província.

A atuação de bolsista nesse trabalho se torna de suma importância para a formação acadêmica no tocante aos processos de aprendizagem do curso de Pedagogia pois, a pesquisa tem alto potencial para desmistificar pensamentos relativos a administração do governo imperial e suas relações à promoção e desenvolvimento da instrução pública, o que permite um olhar mais abrangente sobre a História da Educação e alguns desdobramentos que não são possíveis de serem abordados durante as investidas efetivadas na graduação.

A partir de esclarecimentos de Andrade (2007), Corrêa (2003), Dolhnikoff (2016) entre outros, esse artigo permite demonstrar quais Leis Educacionais se designavam a um controle sobre a população pertinente aos ideais elitistas para além da educação como princípio de aprendizagem em si, e, que pela leitura das Falas e Relatórios dos presidentes da província e dos Anais da Assembleia Provincial a instrução pública não era objeto de destaque se comparado a outras temáticas que prometiam o aumento da economia mineira. Também são apontados dados referentes à prosopografia que indicam a rotatividade dos presidentes ao governar mais de uma província em curtos mandatos. Assim, esse artigo é um convite a descobertas para a História da Educação e a política mineira.

1.1 Política Educacional do Império

A educação do período imperial já era foco das discussões políticas, assim, estudos efetuados por Andrade (2007) revelam que desde o início da organização provincial, o Brasil buscava escolarizar a população partindo de variados debates acerca da forma como ela seria administrada. Dessa maneira, a instrução pública tornou-se alvo das atividades legislativas das Assembleias Provinciais e dos Presidentes de Província durante o século XIX.

Para a autora a publicação de Leis e Regulamentos evidenciam os ideais da formação do sujeito moderno e civilizado que desejava construir nas províncias. Dessa forma, a legislação estabelecida no período apresentava um caráter pedagógico determinando concepções de escola e identidades profissionais.

A formação identitária que pretendia ser construída no brasileiro tinha a escola elementar como principal meio para atender os interesses dos governantes, mas “educar a população não tinha por meta transformar a sociedade brasileira, mas sim fazer com que cada indivíduo assumisse e reconhecesse seu lugar social” (ANDRADE, 2007, p. 34).

Nesse sentido, conforme Andrade (2007), as leis deveriam ser legitimadas como direito natural público e particular ficando a instrução pública a princípio, sob organização e regulamentação do

Estado e, posteriormente sob a responsabilidade das Assembleias Legislativas Provinciais e Presidentes de Província. Essa administração tornava o processo de escolarização um elemento sócio-político regido por meio de decretos, leis, normas e regulamentos a serem cumpridos e respeitados por todos os homens livres demonstrando o domínio das elites sob a população.

Com o ideário político de uma escola que contribuísse para a manifestação da ordem populacional para o desenvolvimento do país, o discurso educacional era de que a instrução possibilitaria retirar as pessoas da ignorância cultural, estabelecer relações entre o trabalho manual e intelectual e construir uma sociedade que internalizasse hábitos disciplinados.

Para Andrade (2007) a iniciativa de extinguir o atraso educacional dos cidadãos pautou-se de perspectivas moldadas por padrões europeus desconsiderando a realidade do Brasil, assim, conforme a autora, a iniciativa educacional atendia prioritariamente os ditames da Igreja havendo uma formação moral mais considerável do que o ensino propriamente dito. “Busca-se através de um conteúdo de referências cristãs a polidez do corpo e dos comportamentos. Ser cidadão neste contexto representava ser ordeiro e submisso a ordem natural que conduzia a sociedade” (ANDRADE, 2007, p. 81). Nesse sentido, a política educacional do império se organizou para uma programação curricular em que os brasileiros recebessem primordialmente uma formação de cunho comportamental que incluía a aprendizagem da leitura e escrita, sendo a população escravista excluída das propostas de governo.

1.2 Administração Educacional

No início do século embora houvesse uma atenção voltada para a civilização das pessoas por meio da escola os olhares governamentais nunca colocaram a instrução primária como o maior foco administrativo, ao estabelecer as primeiras discussões sobre a educação provincial durante a estruturação do Estado, foi estabelecido à implementação do Ensino Superior, prevalecendo sobre as propostas de uma escolarização elementar. Inicialmente o maior objetivo dos políticos deveria ser o de capacitar um corpo de profissionais competentes para governar e não educar as camadas livres.

Andrade (2007) aponta a Lei das Escolas de Primeiras Letras de 15 Outubro de 1827 como a única estabelecida pelo Governo Central que destinava-se à Instrução Pública. Conforme a Lei, ela mantinha o princípio da gratuidade do ensino elementar e a criação de escolas de instrução primária em todas as localidades mais populosas, sendo de responsabilidade do Presidente de Província definir quantas e quais seriam as localidades onde elas iriam ser criadas, bem como suprimidas.

Diferentemente das legislaturas que norteiam a educação nacional na atualidade, ela exigia que os professores aplicassem o método mútuo nas salas de aula. Nos dias de hoje, nenhuma metodologia de ensino é imposta por lei. Embora fosse apenas a única atuação legal do governo, ela afirmava a forma de controle do trabalho sobre os profissionais da educação.

Conforme Andrade (2007) apenas sete anos depois dessa Lei é que cria-se uma maior regulamentação sobre a educação pública com o Ato Adicional de 1834 que facultava as províncias de responsabilizar-se sobre a instrução, “tornando o Império brasileiro uma miscelânea de leis para a instrução. O Ato de 1834, assim legalizou a omissão do Governo Central nesse setor do serviço público (ANDRADE, 2007, p. 82).

Isso comprova um grande descompromisso por parte das autoridades legais para com a população demonstrando que, o bem estar provincial determinado pela educação, destinava-se a atender os interesses de governo na promoção de indivíduos submissos ao que determinava o Estado. É apenas na segunda metade do XIX que a instrução primária recebe uma atenção voltada para propostas de reformas

educacionais atendendo às exigências de um Estado Nacional já consolidado:

Em 1851, a Câmara aprovou o decreto nº. 630 de 17 de setembro, autorizando o governo a reformar a organização da instrução primária e secundária no município do Rio de Janeiro. “Art. 1º- O Governo fica autorizado para reformar o ensino primário e secundário do Município da Corte”. Determinava que no município haveria um Inspetor Geral da Instrução Pública e em cada paróquia um representante seu. Todos esses estabelecimentos ficavam sujeitos a sua inspeção e poderiam ser fechados quando o governo reconhecesse o ensino como prejudicial à formação dos bons costumes da mocidade (ANDRADE, 2007, p.59).

Para Andrade (2007), essa rede de vigilância possibilitava ao governo maior controle da instrução e de seus agentes e é implementada a obrigatoriedade do ensino, impossibilitando que as crianças passassem um grande período de tempo com os adultos, o que evitava que os alunos tivessem desvios de conduta.

O caráter centralizador do governo sob a instrução é reforçado pelo decreto nº 1.331, conhecido como Reforma Couto Ferraz que cria a Inspeção Geral de Instrução primária e secundária do Município Neutro, diretamente subordinada ao Ministério do Império. Conforme a autora, essa inspeção e fiscalização do ensino buscava estabelecer a regulamentação das escolas particulares e o regime disciplinar dos professores. Nesse sentido, destaca-se mais uma vez que a conduta trabalhista dos professores é subjugada pelos interesses administrativos da política.

Com o passar do tempo a valorização eclesiástica para a instrução perde o destaque dos programas curriculares que eram estabelecidos no início do século XIX, ocupando o ideário de cientificidade de formação do ser como a nova base dos padrões morais e sociais:

O ensino do primeiro grau compreende: a instrução moral e religiosa, a leitura e a escrita, as noções essenciais de gramática, os princípios elementares de aritmética e o sistema de pesos e medidas do município. As diretrizes moralizantes nesse contexto, não tem a mesma conotação que anteriormente, vinculam-se a temas como pátria e prosperidade nacional. Percebe-se que o programa das escolas elementares se apresenta como um acúmulo de conhecimentos e memorização de fatos: preocupa-se, sobretudo, com a quantidade de informações de uma enciclopédia rudimentar (ANDRADE, 2007, p. 62).

Outras transformações educacionais são estabelecidas ampliando a responsabilidade das províncias sobre a instrução pública e privada bem como sua ampliação.

Rui Barbosa também estabelece propostas de governo destinadas a educação, embora não tenham se tornado lei, se destacaram dentre outras apresentadas:

Destaca veementemente a importância da obrigatoriedade escolar, da escola leiga e da liberdade de ensino, porém esta última com certas limitações. A liberdade pregada por Rui era a de manifestação de todas as crenças e partidos. Reconhecia a necessidade do ensino oficial e de ação do Estado, principalmente na instrução primária. Exemplo disso é a sugestão de criação do Ministério da Instrução Pública (ANDRADE, 2007, p. 79).

A administração educacional passou por transformações atendendo aos interesses ou desinteresses do governo nacional refletindo nas províncias e acarretando a forma como a educação foi conduzida ao longo do século. Nesse sentido, os discursos a seu respeito mostravam a defesa de uma supervalorização para o crescimento da população, já os esforços empreendidos para que ela fosse aprimorada beneficiando a todos, foi algo que permaneceu inexistente em muitos sentidos.

1.3 Conteúdos de Documentos Primordiais à Pesquisa

Durante o desenvolvimento dessa pesquisa foram utilizados como fontes, as Falas e os Relatórios dos Presidentes da província mineira e as discussões dos Anais da Assembleia Legislativa Provincial referentes a instrução:

Os Relatórios do executivo apresentam descrições detalhadas do estado em que se encontrava a província e apontam questões relevantes ao desenvolvimento regional a serem levadas em conta nas reuniões da Assembleia Provincial. Já os Anais do legislativo registram os debates dos deputados sobre estes mesmos temas, o que se dava através da apresentação e discussão de projetos de lei. A relação entre a assembleia provincial e a presidência da província era intensa, até porque os relatórios e falas dos presidentes eram confeccionados para serem apresentados aos deputados. Não por acaso, os debates sobre o orçamento provincial e o traçado de ferrovias eram os mais acalorados, pois envolviam vários interesses (FREITAS, 2008, p. 4).

Pela leitura empreendida no Anal de 1887 a afirmação de Freitas comprova-se bem como longas discussões referentes a segurança pública mineira. A temática é o foco de diversas seções da Assembleia, o que demonstra uma maior preocupação da ordem pública do que da Instrução. Os relatórios dos presidentes de província também destacam-se nesse quesito:

Tais relatórios são reveladores de uma preocupação constante na província: o papel da justiça na tentativa de apresentar soluções para a matéria da violência. Faz-se importante mencionar que esses relatórios são indicadores de situações generalizadas para toda a província de Minas Gerais, ou seja, em esporádicos momentos esses documentos revelam situações específicas para cada região ou comarca (JESUS; COTRIM, 2006, p.7).

Segurança, pontes, ferrovias e a economia provincial geravam grande parte da ocupação do tempo dos governantes mineiros. Conforme Freitas (2008) as questões mais recorrentes nas Falas e Relatórios dos Presidentes da província consistia na verbalização da agricultura nas diversas regiões “e vinham sempre carregados de opiniões que podiam tanto corroborar como contrariar interesses dos grupos econômicos, sociais e políticos estabelecidos nas várias regiões da província” (FREITAS, 2008, p.).

Embora a instrução pública pudesse contribuir futuramente para que as gerações construíssem uma melhor economia provincial, agregando o ensinamento escolar ao do trabalho com algumas atividades destinadas ao desempenho manual, no final do século, o investimento a longo prazo não demonstrava ser o assunto mais considerável em vista de possíveis lucratividades mais recentes. Desse modo, conforme Freitas, para os Presidentes da Província a agricultura era a única atividade capaz de gerar excedentes que dinamizassem os demais setores da economia:

[...] os administradores trataram com maior interesse a questão do estado da atividade manufatureira na província do que da extração aurífera e da mineração de ferro. Entretanto, como o desenvolvimento das manufaturas dependia da produção agrícola, preconizavam o apoio a este último setor da economia como forma de garantir o progresso de Minas Gerais. Mas, ao se referirem à agricultura, eles faziam questão de estabelecer a diferença entre uma agricultura que eles chamam de “subsistência”, que servia apenas para o consumo local, apesar de um lento desenvolvimento em localidades como o Norte de Minas (o algodão), e a atividade cafeeira para a exportação presente na Zona da Mata, região tida por eles como a “mais importante de Minas” (FREITAS, 2008, p. 7).

Já a atenção voltada para as ferrovias ligava-se diretamente a agricultura pois seriam o meio de ampliar a exportação, rendendo maior lucratividade.

A educação profissionalizante recebe a crítica do Vice- Presidente Joaquim José de Santana demonstrando uma preocupação agrícola voltada para a Zona da Mata, embora tenha sido um dos governantes a criar uma das maiores quantidades de cadeiras de instrução pública em diversas localidades nos períodos de 1870 a 1880:

Referindo-se à Zona da Mata como a região “mais importante de Minas”, o presidente Joaquim J. de Santana⁸ afirmou que ela achava-se servida por vias férreas que facilitavam a produção e concorrência nos grandes mercados. Porém, o ensino profissional era uma questão muito pouco pensada, por não só interessar à constituição intrínseca da lavoura como vir resolver a crise econômica da transformação do trabalho ao combater o problema dos defeitos da rotina na monocultura. Apesar de associar a monocultura ao defeito da rotina, este presidente também relacionou o ensino profissional a uma necessidade da atividade agrícola na Zona da Mata se desenvolver e considerava esta a região mais importante de Minas (FREITAS, 2008,p.).

As Falas e Relatórios dos Presidentes além das Falas presentes nos Anais consistiam em artifícios que contribuía para jogos políticos:

No sistema político imperial, os administradores frequentemente precisavam do apoio dos deputados nas Falas, para que seus projetos fossem votados e sofriam pressões na hora de prestar contas à Assembleia provincial, das ações do seu governo nos Relatórios. O governo sempre vencia as eleições durante o Império, mas em alguns momentos, os presidentes de província governavam com assembleias constituídas majoritariamente por políticos da oposição (FREITAS, 2008, p.8).

Para a autora as jogadas políticas que envolviam os presidentes da província por meio dos documentos de Falas e Relatórios podiam não coincidir com as ações políticas tomadas em alguns momentos, mas consistiam em defender os interesses do governo central e provincial, ficando a instrução pública como algo existente nessas documentações, mas que não recebiam o destaque equiparado aos assuntos mencionados.

1.4 Alguns Presidentes, Muitas Províncias

Minas Gerais apresentou uma administração presidencial de 52 governantes no período de 1850 a 1889. Entretanto, as diversas representações consistiam de curtos períodos de tempo, pois, muitas vezes deixavam a província ocupada para presidir outra província a pedido do Imperador. Os presidentes também ocupavam demais cargos políticos concomitantemente ou faziam deles uma ascensão para suas carreiras:

Não era raro que um deputado geral viesse a exercer uma presidência, o que acabava por impedir que se dedicasse aos assuntos provinciais, pois nem bem se instalava, era chamado a atender às exigências de seu mandato parlamentar, deslocando-se para a capital do Império quando da abertura dos trabalhos na Câmara temporária. Além do mais, à falta de quaisquer vínculos com a província presidida, abandonavam-na de bom grado, deixando-a aos cuidados do vice-presidente. O vice-presidente acabaria naturalmente por assumir uma grande importância no jogo político provincial, pois era a ele que cabia governar a província durante a maior parte do tempo (DOLHNIKOFF, 2005, p.102, 103).

Assim, nem Presidente e tampouco Vice-Presidente conseguiam construir um vínculo identitário com as regiões presididas e atender as reais necessidades de que careciam a população. Esse quadro de

governantes que administravam Minas Gerais e demais províncias deixavam as situações educacionais à margem de algumas mudanças ou a ausência delas, implicando nas condições de trabalho docente e de processos de aprendizagem apropriados além de recursos financeiros adequados para uma efetiva transformação.

A compra de utensílios e objetos necessários ao ensino, como mesas e cadeiras varia de acordo com cada legislação. No Regulamento n.º 44 de 1859, por exemplo, seriam comprados pelos professores, visitantes, pais de família e demais membros residentes no local da escola. Isso pode explicar, de certa forma, a carência de materiais básicos ao ensino dos alunos, uma vez que os próprios moradores e professores deveriam mobiliar a escola com os materiais necessários (ANDRADE; CARVALHO, 2007, p. 6).

Alguns presidentes de Minas governaram muitas outras províncias antes ou depois de seus mandatos, entre eles, a província recebeu alguns que não tinham naturalidade mineira, o que Corrêa (2003) vai chamar de *estrangeiro*. Para o autor, esse “estrangeirismo” também acarretava em um desconhecimento da região, o que influenciava de forma negativa os investimentos destinados a instrução pública. Como comprovação da naturalidade e ocupação de cargos públicos a pesquisa empreendida debruçou-se no trabalho prosopográfico dos Presidentes e Vice-Presidentes identificando um número considerável de governantes que apresentavam essas características.

A capacidade de intervenção do Presidente sobre a Província não era medida por suas ações em prol da governança pública, não sendo esse fator determinante para as ocupações dos cargos. Conforme Dolhnikoff (2005), o que se averiguava das atuações dos presidentes era se eles constituíam impedimento para o exercício da autonomia provincial e se suas atitudes eram contrárias aos interesses dos grupos dominantes nas Províncias. Para Dolhnikoff (2005), as leis dispunham do principal instrumento de que os Presidentes tinham para cercear o poder dos deputados provinciais dando-lhes alguma autonomia sobre a Província, no entanto, o veto às leis aprovadas na Assembleia sujeitavam as decisões presidenciais à limitações:

[...] o veto só poderia ser exercido nos casos especificados por lei: quando a lei provincial fosse inconstitucional, quando ofendesse os direitos de outra província ou ferisse tratados internacionais assinados pelo Brasil, ou fossem contrários aos interesses da província. Esses limites levavam até mesmo o governo central a advertir os presidentes contra vetos improcedentes (DOLHNIKOFF, 2005, p. 103).

Além dessas limitações a respeito dos vetos os Presidentes também deveriam seguir outras considerações nas quais acabavam tendo algumas dificuldades para vetar alguma determinação legal. Nesse sentido, se os “estrangeiros” e os mineiros se ocupavam com as demais presidências e cargos para interferir na instrução pública primária de forma satisfatória, por outro lado, eram impossibilitados de tomar uma postura que fosse contrária aos interesses deputatários.

Com base nas investigações teóricas o projeto de pesquisa ainda trilha caminhos inconclusivos sobre todas as intencionalidades políticas nas quais os Presidentes e Vice-Presidentes faziam parte, mas os dados que serão aqui apresentados demonstram muitas confirmações sobre uma instrução pública primária a mercê de jogadas de interesses de uma elite governamental que pouco fazia para a população provincial mineira.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa pretende trabalhar com a construção do poder político dos presidentes de província durante a segunda metade do século XIX e suas relações com a instrução pública frente a alta rotatividade ocorrida no cargo.

Assim, como o trabalho busca traçar o perfil desses governantes por meio de uma prosopografia, durante o mês de março foi possível investigar a partir do preenchimento de uma tabela construída, a origem provincial de cada governante, demais cargos ocupados por estes, administrações de outras províncias brasileiras e seus respectivos mandatos. Uma grande fonte que auxiliou a descoberta dos mandatos em outras províncias foi a obra *Relação dos Cidadãos que tomaram parte no governo do Brazil no período de Março de 1808 a 15 de Novembro de 1889*, da Imprensa Nacional. Com essa tarefa, foi possível perceber inicialmente, que os presidentes ocuparam outros cargos políticos como os de deputados e senadores provinciais e muitos foram presidentes e vice-presidentes em diversas províncias por períodos tanto mais curtos quanto mais longos, bem como em Minas Gerais, sendo portanto, uma característica do governo imperial a instabilidade da cadeira da presidência, em âmbito nacional.

Durante o mês de Abril, a partir do roteiro estipulado por um plano de trabalho que visa investigar as Falas e os Relatórios da presidência da província de Minas Gerais de 1850 a 1889 foi possível pesquisar por meio do endereço eletrônico da Universidade de Chicago, os relatórios arquivados do presidente Alexandre Joaquim de Siqueira, destacando-se o que foi estabelecido para a instrução. Também foi feita a leitura de igual documento referente ao presidente José Ricardo de Sá Rego. Para além da leitura, tais arquivos investigados foram “copiados” por um programa denominado Ferramenta de Captura que permite capturar imagens da tela podendo editá-las com ferramentas de edição básica como canetas e marca-textos, para que posteriormente sejam encaminhados a membros da equipe de pesquisa, bolsistas de Iniciação Científica Júnior, para serem digitados.

Algo que chama a atenção nesses documentos é o relatório do presidente Alexandre Joaquim de Siqueira que comenta sobre a lei de número 311 de 8 de Abril de 1846, reforçando que as pessoas que se dedicassem ao magistério, deveriam tomar lições do método simultâneo em todas as escolas elementares da instrução pública. Embora o relatório seja datado na Assembleia Legislativa Provincial em 25 de Março de 1850, desde a Lei em 1846, o presidente afirma não haver verba na província para que tal ordem seja cumprida. É possível perceber apenas com esse trecho, que, embora sejam criadas leis que estabelecem estratégias de ensino, as verbas destinadas a aplicação das mesmas, não se efetuavam com eficácia, prejudicando o andamento legal.

Outra tarefa desempenhada foi a pesquisa no Anal do 8º Congresso de Pesquisa e Ensino em História da Educação em Minas Gerais (COPEHE) com o objetivo de verificar dentre as pesquisas realizadas, autores que se utilizavam das Falas dos presidentes de província como uma de suas fontes.

Assim, foram verificados os Simpósios Temáticos: “Imprensa, Espaço público e História da Educação em Minas Gerais,” “Marxismo versus Escola dos Annales: Paradigmas de Pesquisa em História da Educação em Minas Gerais,” “O Ensino de História da Educação: passado, presente e futuro,” “Diálogos cruzados: educação, religião e modernidade (1891 – 1996),” “As Artes da Cena: caminhos e lugares na História da Educação,” “Modernização, “Cultura e Educação na Capitania de Minas Gerais”, “História da Educação do Corpo”, “História da cultura escrita”, “DISCIPLINAS, CURRÍCULOS, SUJEITOS: constituição dos saberes escolares, história do ensino, tendências de pesquisa”, “História da educação rural e da educação de adultos no Brasil: os sujeitos, as práticas e as representações” e “Intelectuais,

Historiografia e História da Educação.”

Entretanto, dentro de cada eixo temático, não foram encontrados nenhum trabalho que se utilizasse dessas fontes. O único texto encontrado tendo como fontes algo de interesse comum a pesquisa foi o de Célia Siqueira Xavier Nascimento, que se utilizou de relatórios dos inspetores, cartas de pais, professores e leis de 1879, 1882, 1889 e 1892 que buscavam reorganizar o ensino e trazer algumas modificações, intitulado “*A produção da Infância nas escolas públicas mineiras: sujeitos, espaços e tempos.*” Essa análise demonstra o pioneirismo da presente pesquisa em fontes primárias apresentado no congresso em 2015. Realizou-se também um primeiro contato com os Anais da Assembleia Legislativa Provincial, disponíveis no endereço eletrônico da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, do ano de 1864, presente no jornal da época, O Compilador.

Em face da necessidade de se compreender melhor os documentos destinados a instrução pública, a dissertação “Organização da Instrução na Província de Minas Gerais: Da legislação aos relatórios dos presentes (1850-1889),” de Renata Fernandes Maia Andrade, foi lida promovendo um esclarecimento de como funcionavam os sistemas que estabeleciam a política mineira e os documentos que definiam os rumos da instrução no período estabelecido. Por meio das atividades desenvolvidas, o conhecimento a respeito da pesquisa começa a se expandir havendo um pouco maior de clareamento no que determinava o funcionamento da educação pública e na ação dos Presidentes de Província.

Nos meses de Maio, Junho e Julho a atenção investigativa delimitou um maior empenho na leitura do Anal da Assembleia Provincial de 1878 e nas Falas e Relatórios dos Presidentes da Província dos anos de 1850 a 1854. O ano de 1878 foi escolhido para a pesquisa, pois complementa estudos realizados em 2015 no recorte legal apresentado no Seminário de Pesquisa e Extensão da UEMG em que se propôs apresentar uma prosopografia inicial dos Presidentes entre 1870 a 1880. Já o recorte empreendido entre 1850 a 1854 busca compreender as medidas presidenciais do início da segunda metade do século a respeito da instrução elementar.

Com base na leitura das fontes foi possível ampliar o olhar acerca da História da Educação no tocante a política mineira e perceber que a cadeira da presidência representava um título de honra maior que a autonomia governamental.

2.1 Apresentando Dados Obtidos Sobre os Presidentes da Província de Minas Gerais

As pesquisas que vem sendo desenvolvidas acerca dos governantes da província de Minas Gerais na segunda metade do século XIX vêm revelando um índice de rotatividade entre Presidentes e Vice-Presidentes.

É possível identificar entre esses homens, por ordem de mandato, a presença de quinze representantes que estiveram a administrar a região mais de uma vez, assim, fazem parte desse quadro: Luís Antônio Barbosa, Vice-Presidente de 1851 a 1852 e Presidente por duas vezes, em Janeiro de 1852 a Maio do mesmo ano e de 1852 a 1853; José Lopes da Silva Viana, Vice-Presidente por três vezes nos anos de 1852, 1853 e 1854; Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos, Presidente por três vezes nos anos de 1853, 1854, 1862; Joaquim Delfino Ribeiro da Luz, Vice-Presidente em 1857, 1859 e 1860; Carlos Carneiro de Campos, Presidente por duas vezes, nos anos de 1857 e 1859; Manuel Teixeira de Sousa, Vice-Presidente por sete vezes nos anos de 1860, 1861, 1863, 1868, 1870, de Fevereiro a Março de 1876, de Dezembro de 1876 a Janeiro de 1877; José Joaquim Fernandes Torres, Presidente por duas vezes nos anos de 1862 e 1863; Joaquim Saldanha Marinho, Presidente por duas vezes, nos anos de 1865 e 1866;

Joaquim José de Sant' Anna, Vice-Presidente, nos anos de 1866,1878,1879,1880 e 1881; Elias Pinto de Carvalho, Vice-Presidente por duas vezes, nos anos de 1867 e 1878; Francisco Leite da Costa Belém, Vice-Presidente por cinco vezes, nos anos de 1871, 1872, 1873, 1874 e 1875; Antônio Gonçalves Chaves Júnior, Presidente de Março a Maio de 1884 e de Junho a Setembro de 1884; José Antônio Alves de Brito, Vice-Presidente por duas vezes, nos anos de 1884 e 1885; Antônio Teixeira de Sousa Magalhães, Vice- Presidente por cinco vezes, nos anos de 1885, de Abril a Maio de 1886 e Junho de 1886, em 1887, 1888 e 1889 e Francisco de Faria Lemos, Presidente por duas vezes de Maio a Junho de 1886 e de Junho de 1886 a Janeiro de 1887.

Tal ciclo em que a permanência dos representantes políticos se mostra frágil e repetitiva pode ter impactado a forma como era regida a instrução pública, assim, tal fato vem sendo inquirido nesse trabalho ainda com algumas lacunas. A rotatividade é reafirmada ao identificar que os presidentes da província de Minas foram presidentes em outras províncias, formando os seguintes quadros:

Presidentes da Província de Minas Gerais que Administraram Outras Províncias

Presidentes da Província do Rio de Janeiro	Mandatos
José Ricardo de Sá Rego (Vice-Presidente)	16/04/1861 - 21/09/1861
Luís Antônio Barbosa (Presidente)	14/09/1853 - 23/10/1853
José Maria Corrêa de Sá Benevides (Presidente)	01/06/1870 - 27/10/1870

Presidentes da Província de São Paulo	Mandatos
Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos (Presidente)	29/04/1856 - 22/01/1857
Carlos Carneiro de Campos (Vice-Presidente)	17/12/1852 - 04/01/1853
Vicente Pires da Mota (Presidente)	16/10/1848 - 27/08/1851
José Joaquim Fernandes Torres (Presidente)	26/09/1857 - 06/06/1859
João Crispiniano Soares (Presidente)	07/11/1864 - 18/06/1865
Joaquim Saldanha Marinho (Presidente)	24/10/1867 - 24/04/1868
Pedro Vicente de Azevedo (Presidente)	23/06/1888 - 11/04/1889

Presidentes da Província do Espírito Santo	Mandatos
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	1845 – 1846
Luís Eugênio Horta Barbosa (Presidente)	06/11/1873 – 29/04/1874

Presidentes da Província do Pará	Mandatos
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	1846 – 1848
José Bento da Cunha Figueiredo (Presidente)	18/10/1868 – 16/05/1869
Joaquim Pires Machado Portela (Presidente)	01/07/1871 – 22/04/1871
Pedro Vicente de Azevedo	17/04/1874 – 17/01/1875
João Antônio de Araújo Freitas Henriques (Presidente)	15/04/1886 – 06/10/1886

Presidentes da Província de Pernambuco	Mandatos
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	1848 – 1848
Francisco de Paula da Silveira Lobo (Presidente)	03/11/1856 – 25/04/1867
Vicente Pires da Mota (Presidente)	26/04/1848 – 17/06/1848
José Bento da Cunha Figueiredo (Presidente)	23/04/1853 – 28/05/1856
Francisco de Faria Lemos (Presidente)	10/06/1872 – 25/11/1872
Pedro Vicente de Azevedo (Presidente)	10/11/1886 -27/03/1887

Presidentes da Província do Maranhão	Mandatos
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	Período não encontrado
Graciliano Aristides do Prado Pimentel (Presidente)	17/05/1878 – 11/12/1878

Presidentes da Província do Amapá	Mandatos
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	1853 - 1856

Presidentes da Província da Bahia	Mandatos
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	1859 – 1860
João Antônio de Araújo Freitas Henriques (Presidente)	08/11/1871 – 01/07/1872
Joaquim Pires Machado Portela (Presidente)	01/07/1872 – 16/11/1872
Venâncio José de Oliveira Lisboa (Presidente)	23/06/1874 – 20/07/1875
Antônio Luís Afonso de Carvalho (Presidente)	09/05/1889 -14/06/1889

Presidentes da Província do Mato Grosso	Mandatos
João Crispiniano Soares (Presidente)	05/04/1847 – 06/04/1848
Herculano Ferreira Penna (Presidente)	1862 - 1863

Presidentes da Província do Paraná	Mandatos
Vicente Pires da Mota (Presidente)	10/05/1853 – 26/09/1856
Antônio Luís Afonso de Carvalho (Presidente)	22/11/1869 – 20/04/1870
Venâncio José de Oliveira Lisboa (Presidente)	24/12/1870 – 15/01/1873
Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo (Presidente)	01/1873 – 01/01/1873

Presidentes da Província de Santa Catarina	Mandatos
Vicente Pires da Mota (Presidente)	17/11/1861 – 25/09/1862
Antônio Gonçalves Chaves Júnior (Presidente)	06/09/1882 – 20/01/1883

Presidentes da Província da Parahyba	Mandatos
João Crispiniano Soares (Presidente)	20/10/1853 – 06/06/1854
Venâncio José de Oliveira Lisboa (Presidente)	11/06/1869 – 24/10/1870

Presidentes da Província de Alagoas	Mandatos
João Crispiniano Soares (Vice-Presidente)	20/04/1848 – 16/05/1848
Graciliano Aristides do Prado Pimentel (Presidente)	22/05/1868 – 27/06/1868
Henrique Magalhães Sales (Presidente)	25/03/1883 – 03/09/1884

Presidente da Província do Rio Grande do Sul	Mandato
Francisco de Faria Lemos (Presidente)	21/05/1877 – 10/02/1878

Presidentes da Província do Ceará	Mandatos
Vicente Pires da Mota (Presidente)	20/02/1854 – 11/10/1855
João Antônio de Araújo Freitas Henriques (Presidente)	20/07/1869 – 13/12/1870
Francisco de Faria Lemos (Presidente)	22/03/1876 – 10/01/1877
Carlos Honório Benedito Ottoni	12/07/1884 – 19/02/1885

Com esses dados é possível perceber que havia um político na província do Amapá, Santa Catarina e do Rio Grande do Sul; dois na província do Espírito Santo, Maranhão, Parahyba e Matto Grosso; três na província do Rio de Janeiro; sete na província de São Paulo e Alagoas, quatro na província do Paraná e Ceará; cinco na província do Pará e da Bahia e seis na província de Pernambuco. Dessa maneira, Pernambuco apresentou nos períodos pesquisados, a província com o maior número de presidentes que também fizeram parte do governo mineiro. Ressalta-se também a rotatividade dessas pessoas em outras províncias como Herculano Ferreira Penna, presidente em seis províncias além de Minas Gerais, Vicente

Pires da Mota presidente em cinco províncias entre outros que migravam de uma província para outra.

Além da presidência, esses representantes acumulavam outros cargos em Minas e em diversas localidades, isso vem sendo evidenciado ao constatar que uma das outras administrações mais comuns eram as de Deputado Provincial, ocupando-a Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos em Minas Gerais de 1840 a 1842; Carlos Carneiro de Campos na Bahia; Manuel Teixeira de Sousa em Minas Gerais de 1840 a 1848; José Machado da Costa de Sousa em São Paulo de 1862 a 1863; Henrique Magalhães Sales em Minas Gerais de 1879 a 1881 e Antônio Gonçalves Ferreira em Pernambuco em 1872.

O cargo de Deputado Geral em Minas Gerais foi exercido por Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos nos períodos de 1843 a 1844, 1850 a 1857; Herculano Ferreira Penna de 1838 a 1838, 1839 a 1841, 1847 a 1847, 1850 a 1852; Joaquim Delfino Ribeiro da Luz de 1853 a 1856, 1861 a 1863, 1864 a 1866, 1869 a 1880; Manuel Teixeira de Sousa em 1856, Teóphilo Carlos Benedicto Ottoni 1878 a 1881 e Henrique Magalhães Sales de 1886 a 1889. Ocupou a mesma função Carlos Carneiro de Campos. Já na Bahia como Deputado Geral, Antônio Luís Afonso em 1869 e Olegário Herculano de Aquino em São Paulo nos períodos entre 1867 a 1870, 1878 a 1881.

Como Deputado Federal encontram-se Carlos Honório Benedicto Ottoni de 1900 a 1905 e José da Costa Machado de Sousa em Março de 1891 a Dezembro de 1893 e de Dezembro de 1893 a Dezembro de 1896 em Minas Gerais. Em tal posto também esteve presente Antônio Gonçalves Ferreira de 1891 a 1894.

Foram Senadores Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos em 1858 a 1860, 1861 a 1863 em Minas Gerais; Herculano Ferreira Penna de 1857 a 1860, 1861 a 1863, 1864 a 1866, 1867 a 1867 em província não identificada; Joaquim Delfino Ribeiro da Luz 1870 a 1872, 1872 a 1875, 1877 a 1878, 1878 a 1881, 1882 a 1884, 1885 a 1885, 1886 a 1889 em Minas Gerais; Carlos Carneiro de Campos em São Paulo em 19/04/1853; Manuel Teixeira de Sousa em 1860 na província de Minas Gerais, Antônio Gonçalves Chaves Júnior de 1894 a 1896, 1897 a 1899, 1900 a 1902 em Minas Gerais, Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo de 1904 a 11/11/1911 no Rio de Janeiro e Antônio Gonçalves Ferreira de 1897 a 1900 em Pernambuco.

Embora a pesquisa em processo inicial aponte o desconhecimento da naturalidade de alguns dos indivíduos averiguados, é possível destacar a existência de doze integrantes da presidência nascidos em Minas Gerais, sendo eles: Luís Antônio Barbosa; Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos; Herculano Ferreira Penna; Joaquim Delfino Ribeiro da Luz; Manuel Teixeira de Sousa; Joaquim Camilo Teixeira de Mello; José Joaquim Fernandes Torres; Fidélis de Andrade Botelho; José da Costa Machado de Souza; Teóphilo Carlos Benedicto Ottoni, Henrique Magalhães Sales e Antônio Gonçalves Chaves Júnior. Mesmo sendo um número significativo de mineiros, a província foi dirigida por muitos homens nascidos em outras regiões, desta forma, tem-se catalogado Alexandre Joaquim de Siqueira; Domingos de Andrade Figueira; José Maria Correa de Sá Benevides; Venâncio José de Oliveira Lisboa e Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo, naturais da Província do Rio de Janeiro, totalizando cinco cariocas sob domínio de Minas Gerais. Também ocorreu uma governança de baianos: Carlos Carneiro de Campos, Antônio Luís Afonso de Carvalho e João Antônio de Araújo Freitas Henriques. Da província de São Paulo, Minas Gerais recebeu quatro membros: Vicente Pires da Mota; João Crispiniano Soares; Pedro Vicente de Azevedo e Olegário Herculano de Aquino e Castro. A província mineira foi conduzida por cinco pernambucanos: José Benedito da Cunha Figueiredo; Joaquim Saldanha Marinho; Joaquim Pires Machado Portela; Manuel do Nascimento Machado Portela e Antônio Gonçalves Ferreira. Ocorreu a governança de representantes naturais do Ceará e Recife, por João Capistrano Bandeira de Melo e Francisco de

Faria Lemos, respectivamente. Assim, foram constatados comandos presidenciais de dezenove imigrantes. Resta-se a partir das informações, descobrir se os sujeitos mineiros atuaram com maior ou menor eficácia em sua província de origem em relação aos demais. Alguns pesquisadores afirmam ter sido prejudicial a liderança de pessoas que não pertenciam a sua província pois as mesmas desconheciam a região e seus problemas administrativos, o que dificultava ações de mudança no local.

Ignorando a repetição de integrantes no quadro de Presidente e Vice- Presidente da província, encontra-se uma Minas Gerais regida por 52 homens, o que se pode perceber das descobertas apontadas é que as vidas dessas pessoas, algumas mineiras, baianas, pernambucanas, cariocas, paulistas, cearenses entre outras se cruzam nos cargos exercidos e nas províncias ocupadas por elas. O tempo, que ora se faz mais distante de um indivíduo para o outro, ora mais próximo aponta indícios de possíveis ou impossíveis feitos por onde passaram e as vezes em que passaram.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os estudos de Andrade (2007) apontassem para uma preocupação da administração pública ligada a instrução primária durante os discursos e as produções legislativas deixaram evidente que muito do que o Brasil necessitava para uma evolução educacional, ainda era distante.

Como programação curricular a princípio, o governo brasileiro dedicou-se a estabelecer disciplinas que atendessem os ditames morais da Igreja a fim de formar um cidadão ordeiro e disciplinado, havendo pouco espaço para matérias que construíssem um conhecimento acadêmico na população. No entanto, com o passar dos anos, a mentalidade governamental substituiu os ditames educacionais do catolicismo para as ideologias científicas, sendo priorizadas na escola como estratégias para o progresso provincial.

Entretanto, a instrução elementar nunca foi o maior objetivo das proposições governamentais desde o início da sistematização do Estado Nacional. Durante o início do século o Governo Geral priorizou as propostas de construção de escolas superiores a escolas primárias. Já na segunda metade dos oitocentos documentos emitidos por Presidentes e deputados provinciais demonstravam uma maior atenção a economia do que a formação intelectual da população.

De 1850 a 1889 a educação do sistema público recebe propostas de reformas educacionais, no entanto elas demonstraram ser insuficientes para solucionar as demandas escolares que a Província mineira carecia.

A política imperial criou o cargo de Presidente de Província como forma de perpetuar a autoridade do governador sobre os interesses de uma elite em ascensão que pretendia atingir uma autonomia governamental nas Províncias. Como estratégia de maior controle a respeito das atuações presidenciais uma alta rotatividade no cargo favorecia as conveniências da Coroa mas, o diversificado número de governantes ocupando variados cargos pouco contribuiu para o crescimento das escolas tanto públicas como privadas.

Muito ainda falta para ser descoberto sobre esses sujeitos investigados que do mais alto cargo administrativo chegaram ao anonimato, mas pode-se dizer que quando não havia nenhuma informação além da intrigante rotatividade entre eles, podia-se perguntar porque isso acontecia; agora, com esses dados, a pergunta não foi satisfatoriamente respondida ou ainda permanece uma incógnita. Entretanto, o que essas informações acusam é que não basta saber porque isso vinha a acontecer, simplesmente. Elas indicam que é necessário saber mais a fundo porque imigrantes exerciam poder em províncias distantes de suas terras natais, em qual das províncias governadas mais se empenharam a oferecer benefícios destinados



à educação, porque pessoas que foram Vice-Presidentes inúmeras vezes, como Manuel Teixeira de Sousa, por exemplo, nunca receberam o título de Presidente e quando ocupado cargo nas demais administrações, o que realizaram para a província designada.

A História da Educação vem trazendo algumas respostas acrescidas de inúmeras perguntas que espera-se que possam vir a serem reveladas ao longo das pesquisas futuras, no entanto, o projeto desenvolvido vem revelando que o período imperial colaborou para uma herança ideológica que se mantém na política republicana até os dias atuais: educação pública básica como instrumento de interesses políticos sobre a população com investimentos ainda precários para denominar o Brasil como uma nação de progresso.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renata Fernandes Maia de. **Organização da Instrução na Província de Minas Gerais: Da Legislação aos Relatórios dos Presidentes (1850-1889)**. Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia, 2007.

ANDRADE, Renata Fernandes Maia de; CARVALHO, Carlos Henrique de. **A Legislação Educacional Mineira do século XIX: Concepções de Ordem, Progresso e Trabalho em Transformação**. In: **IV Congresso de Pesquisa e Ensino de História da Educação em Minas Gerais, 2007, Juiz de Fora**. IV Congresso de Pesquisa e Ensino de História da Educação em Minas Gerais. Juiz de Fora: Produtora de Multimeios da UFJF, 2007. p. 1-15.

CORRÊA, Carlos Humberto P. **A presidência da província no Império**. Anpuh. XXII Simpósio Nacional de História. João Pessoa, 2003.

DOLHNIKOFF, Mirian. **O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil**. São Paulo, Editora Globo S.A, 2005) Disponível em <https://books.google.com.br/>

DIREITOS HUMANOS. A QUEM INTERESSA?

Manoel Felizardo dos Santos¹⁵²

RESUMO

Pensamos que todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as suas condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar, em especial, a liberdade. Todos os seres humanos, portanto, nascem iguais. Para os seres humanos não pode haver coisa mais valiosa do que a liberdade da pessoa humana. Pensamos que o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, haja vista que o respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos. Sabe-se que a luta ainda por estes direitos, após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. Por suas características naturais, por ser dotada de inteligência, consciência e vontade, o homem por ser mais do que uma simples porção de matéria, por ser também um ser espiritual tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza. Mesmo as teorias chamadas materialistas, que não querem reconhecer a espiritualidade da pessoa humana, sempre foram forçadas a reconhecer que existe em todos os seres humanos uma parte não material. Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos direitos humanos em todos os sentidos.

Palavras chave: Ser Humano. Dignidade. Liberdade.

152 Pós Doutor em Direito pela Universidade Del Museo Social Argentino – UMSA, Mestre e Doutor em Educação pela Universidad San Carlos – USC, Doutorando em Psicologia Social, pela Universidad John Kennedy – UK, Pós Graduado em Psicopedagogia Clínica pela Faculdade de Ciências da Bahia (FACIBA), Bacharel em Teologia pelo Instituto de Ciências Religiosas Lumen Christ, convalidado pela Faculdade de Teologia Boa Vista (FATEBOV), Compositor, Escritor e Capitão da Polícia Militar do Estado da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

Pensamos que a partir do momento que os seres humanos começaram a reconhecer a sua humanidade no que diz respeito a sua capacidade de pensar, dialogar, fazer, construir, desconstruir, imitar e amar – achamos que teve início as lutas por direitos nas mais diferentes formas e contextos.

Ao iniciarmos o nosso artigo damos destaque para o ex-ministro brasileiro das relações exteriores Celso Lafer. Ele destaca que a origem dos direitos humanos remonta à tradição cristã ocidental, pois pode se apreender nos ensinamentos cristãos um dos elementos formadores da mentalidade que os tornou possíveis. Poderíamos então considerar presente neste pensamento de Celso Lafer¹⁵³, que é no ensinamento cristão que nasce às raízes de um princípio de igualdade entre os homens, que talvez estivesse como uma qualidade transcendente, profundamente enraizada no próprio ordenamento cristão, que serve neste momento de ordem normativa que conduz o homem pela fé e pelo sentimento religioso.

Entendemos, portanto, que ao longo do tempo, a sociedade deparou-se com a necessidade de proteção de alguns direitos inerentes ao ser humano, compreendendo que sem a proteção destes direitos, jamais haveria uma sociedade justa, que pudesse perdurar ao longo dos anos, logo, compreendeu-se acima de tudo que, dever-se-ia proteger um bem que deveria estar acima de todos os outros, e ainda mais, que tal bem jurídico protegido, deveria servir de norte a todos os demais direitos constantes do ordenamento jurídico, sendo este bem tão precioso, denominado *bem da vida, e vida esta com dignidade e igualdade*.

Compreendemos que este possível princípio de igualdade é que poderia possibilitar a emergência da moderna igualdade e, conseqüentemente, de outros direitos humanos formais entre os homens nos séculos XVII e XVIII, a partir das teorias de Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau¹⁵⁴.

Pode-se dizer então que Direitos humanos são os direitos básicos de todos os seres humanos. São direitos que todas as pessoas têm em virtude de sua condição de seres humanos dotados de razão e consciência. Baseado nesta condição pode-se perceber então que o homem necessita de direitos onde ele possa ser valorizado como ser integrante de um processo único na face da terra. Assim, vemos no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.



153 Advogado, Jurista, Professor e ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil.

154 Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762) são os mais famosos filósofos do contratualismo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, dotada pela assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, tem uma importância fundamental para humanidade, porque, sem negar o valor das concepções específicas, estabelece um ideal comum a ser promovido e protegido por todos os povos e todas as nações com relação aos direitos dos humanos.

Vale a pena ressaltar que a Declaração, apesar de toda a sua importância, não obriga os Estados a vincularem a mesma em sua determinação jurídica. Ao assinarem a Declaração, os Estados apenas reconhecem formalmente o seu conteúdo.

No tocante ao número de países que participaram da votação ao todo foram 48 votos a favor da Declaração, nenhum contra e oito abstenções – URSS, Bielorrússia, Tchecoslováquia, Polónia, Arábia Saudita, Ucrânia, África do Sul e Iugoslávia.

De acordo com o Guinness, o Livro dos Recordes, a Declaração dos Direitos Humanos é o documento traduzido em um maior número de idiomas no mundo – 320 ao todo¹⁵⁵.

Foram estabelecidos nessa votação temas que devem ser respeitado por todos, portanto, com o objetivo de definir um ideal capaz de contrapor à realidade e de motivar as pessoas, os povos e as nações a modificarem uma realidade indesejável, mascarada pela falta de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

Vemos que embora alguns autores entendam que as palavras direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimos, parte da doutrina entende que existem entre elas algumas diferenças sendo necessário conceituar cada uma delas para então chegar-se as suas diferenças.

Ao aprofundarmos o nosso olhar no tema aqui pesquisado, observamos que a expressão “direitos humanos” também tem sido objeto de muitas polêmicas. Devido à amplitude do termo pode-se chegar a inúmeras conclusões que muitas vezes podem prejudicar o seu real significado e dificultar o reconhecimento e a proteção de tais direitos.

Alguns doutrinadores de forte tendência jusnaturalistas entendem que os direitos humanos são aqueles frutos da própria qualidade de pessoa humana pelo fato dela pertencer a essa espécie.

Dessa forma, pode-se dizer que um conceito de direitos humanos deve, portanto, reconhecer sua dimensão histórica, deve reconhecer o fato que eles não foram revelados para a humanidade em um momento de luz, mas sim que foram construídos ao longo da história humana, através das evoluções, das modificações na realidade social, na realidade política, na realidade industrial, na realidade econômica, enfim em todos os campos da atuação humana. Segundo Perez Luño (1999, p. 48):

Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Portanto, embora os direitos humanos sejam inerentes à própria condição humana seu reconhecimento, sua proteção é fruto de todo um processo histórico de luta contra o poder e de busca de um sentido para a humanidade.

Assim, segundo Antunes (2005, p. 340), os direitos humanos pode ser considerado como aqueles direitos que buscam a proteção da pessoa humana, tanto em seu aspecto individual como em seu convívio social, em caráter universal, sem o reconhecimento de fronteiras políticas todas decorrentes de conquistas históricas e independentes de positivação em uma ordem específica.

155 <http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> acesso 18.02.2013 às 10h56.

Mas, como e por que esses princípios foram implementados?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos descreve em seu artigo 1º a seguinte frase:

Art. 1º - Todos os seres Humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Observa-se que desde a promulgação da Declaração de Direitos Humanos em 1948, a liberdade, a igualdade e a fraternidade se tornam objetivos fundamentais das organizações internacionais, organizações governamentais e organizações não governamentais comprometidas com os direitos humanos. Independentemente dos seus objetivos específicos, os esforços de proteção e promoção dos direitos humanos passaram crescentemente a ter como objetivo a realização dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. A Constituição Federal Brasileira de 1988, considerada Constituição Cidadã, pode ser considerada a mais humana dentre as Constituições já elaboradas no país, haja vista os artigos voltados para o bem estar do seu povo, onde já pode ser observado em seu artigo 5º quando diz:

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 segurança e à prosperidade.

Dessa forma, podemos dizer que toda e qualquer lei só contribui efetivamente para a melhora da humanidade quando está escrita no coração. Apenas saber que todos nascemos livres e iguais como ensina o primeiro artigo da Declaração dos Direitos Humanos, ainda é pouco.

2. O QUE DIZ A HISTORIA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Na Grécia antiga podemos ilustrar essa luta a partir da tragédia grega de Sófocles, *Antígona*¹⁵⁶ (sec. IV a.C), na qual uma mulher (*Antígona*) desafia o rei (*Estado*) para enterrar o próprio irmão, o direito de enterrar seus mortos, de respeito aos corpos de entes queridos é um tema trabalhado na tragédia, além da resistência à opressão do rei, representando o Estado.



156 *Antígona* é uma tragédia grega de Sófocles, composta por volta de 442 a.C. É cronologicamente a terceira peça de uma sequência de três tratando do ciclo tebano, embora tenha sido a primeira a ser escrita. A personagem do título é Antígona, filha de Édipo, e irmã de Etéocles e Polinice.

Aristóteles (2004, p. 146), afirmava ser o homem um animal político, ou seja, que se relaciona com os demais, que está integrado a uma comunidade, podendo alguns inclusive, participar do governo da cidade, sendo esta outra contribuição dos povos gregos, a possibilidade de limitação do poder através da democracia que se funda na participação do cidadão nas funções do governo e na superioridade da lei.

Israel, (2005 p. 53) enumera que os povos estoicos¹⁵⁷ colaboraram com o reconhecimento de direitos inerentes a própria condição humana ao defenderem uma liberdade interior inalienável, a do pensamento que se encontra em todas as pessoas, ideia depois continuada através de Cícero.

Andrade, (1998, p. 12) destaca que os direitos humanos é a base das relações entre os povos e para que a harmonia possa prevalecer e sobreviver se faz necessário o respeito pelas individualidades o qual desembocam na cidadania.

O surgimento do Cristianismo também lançou bases para os reconhecimentos dos direitos humanos ao limitar o poder político, através da distinção entre o que é de “César” e o que é de “Deus¹⁵⁸” e do fato da salvação através de Jesus Cristo ser possível a todas as pessoas de todos os povos¹⁵⁹.

Segundo Jorge Miranda (2000, p. 17):

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Os direitos humanos ou coletivos pode-se dizer que são aqueles adquiridos em decorrência do resultado de uma longa história, os mesmos foram debatidos ao longo dos séculos por filósofos e juristas.

Esta caminhada, remete-nos para a área da religião, quando o Cristianismo, durante a Idade Média, foi a afirmação da defesa da igualdade de todos os homens numa mesma dignidade. Foi também durante esta época que os matemáticos cristãos recolheram e desenvolveram a teoria do direito natural, em que o indivíduo está no centro de uma ordem social e jurídica justa, mas a lei divina tem prevalência sobre o direito laico tal como é definido pelo imperador, o rei ou o príncipe.

Com a idade moderna, os racionalistas dos séculos XVII e XVIII, reformulam as teorias do direito natural, deixando de estar submetido a uma ordem divina.

A evolução destas correntes veio a dar frutos pela primeira vez na Inglaterra, e depois nos Estados Unidos.

A Magna Carta Americana em (1215) deu garantias contra a arbitrariedade da Coroa, e influenciou diversos documentos, como por exemplo o Acto Habeas Corpus (1679), que foi a primeira tentativa para impedir as detenções ilegais.

A Declaração Americana da Independência surgiu a 4 de Julho de 1776, onde constavam os direitos naturais do ser humano que o poder político deve respeitar, esta declaração teve como base a Declaração de Virgínia proclamada a 12 de Junho de 1776, onde estava expressa a noção de direitos individuais.

157 São pessoas pragmatistas, moralistas, inteiramente absorvidos na prática, na ética.

No pensamento dos estoicos, o fim supremo, o único bem do homem, não é o prazer, a felicidade, mas a virtude; ela, portanto, não é concebida como necessária condição para alcançar a felicidade, e sim como sendo ela própria um bem imediato.

158 Evangelho de Marcos 12,17 “Dai, pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”.

159 Epístola de Gálatas, 3, 26 “Já não há Judeu nem Grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo”.



Podemos dizer que na modernidade a acentuação das desigualdades, no período pré revolucionário, o absolutismo ainda existente de reis como Luis XVI que dizia “eu sou a lei”, despertou na população a mobilização para instaurar a revolução da França, cujo o lema era “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”.

Proclamada na França em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e as reivindicações ao longo dos séculos XIV e XV em prol das liberdades, alargou o campo dos direitos humanos e definiu também os direitos econômicos e sociais.

Mas, o momento mais importante na história dos Direitos do Homem ocorreu durante o período de 1945-1948. Em 1945, os Estados tomam consciência das tragédias e atrocidades vividas durante a 2ª Guerra Mundial, o que os levou a criar a Organização das Nações Unidas (ONU) em prol de estabelecer e manter a paz no mundo.

Porém, foi durante a segunda guerra mundial onde se expôs a urgência de uma carta de direitos estabelecidos, com o objetivo de defender os direitos fundamentais dos seres humanos, como os direito à vida, à liberdade, à saúde, à segurança, entre outros.

Proclamada em 1948, pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma marco na história da humanidade.

Pode-se dizer que os Direitos Humanos chegaram de forma tardia na América Latina - e no Brasil, sendo que a definição de tais direitos como “humanos” só foi utilizada recentemente. Isso se deve às características das sociedades americanas, formadas pelos colonizadores e uma aristocracia repleta de privilégios, em detrimento de uma maioria sem direitos à condição humana.

Entretanto, esta declaração é pouco conhecida, pouco difundida e muito combatida por aqueles que se sentem ameaçados por, simplesmente, não levá-la em consideração e desrespeitar suas leis.

3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Podemos dizer que não será possível compreender os direitos humanos e os direitos fundamentais sem relacioná-los a história, pois estes não surgem como uma revelação, como uma descoberta repentina de uma sociedade, de um grupo ou de indivíduos, mas sim foram construídos ao longo dos anos, frutos não apenas de pesquisa acadêmica, de bases teóricas, mas principalmente das lutas contra o poder. Nesse sentido Norberto Bobbio, (1992, p. 5) afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados 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.

José Joaquim Gomes Canotilho, (2004, p. 9) também partilha de entendimento semelhante onde diz que:

A colocação do problema – boa ou má deixa claramente intuir que o filão do discurso subsequente – destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais – se localiza no terreno da história política, isto é, no locus globalizante onde se procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política.

Um dos documentos mais antigos que vinculou os direitos humanos é o Cilindro de Ciro, que contém uma declaração do rei persa (antigo Irã) Ciro II depois de sua conquista da Babilônia em 539 aC. Foi descoberto em 1879 e a ONU o traduziu em 1971 a todos seus idiomas oficiais. Pode ser resultado de uma tradição mesopotâmica centrada na figura do rei justo, cujo primeiro exemplo conhecido é o



rei Urukagina¹⁶⁰, de Lagash, que reinou durante o século XXIV a.C, e de onde cabe destacar também Hammurabi da Babilônia e seu famoso Código de Hammurabi¹⁶¹, que data do século XVIII a.C.

O Cilindro de Ciro¹⁶² apresentava características inovadoras, especialmente em relação à religião. Nele era declarada a liberdade de religião e abolição da escravidão. Tem sido valorizado positivamente por seu sentido humanista e inclusive foi descrito como a primeira declaração de direitos humanos da história.



A primeira declaração dos direitos humanos da época moderna é a Declaração dos Direitos da Virgínia de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason¹⁶³ e proclamada pela Convenção da Virgínia. Esta grande medida influenciou Thomas Jefferson na declaração dos direitos humanos que só existe na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 4 de julho de 1776, assim como também influenciou a Assembleia Nacional francesa em sua declaração, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 esta última definia o direito individual.

A noção de direitos humanos não experimentou grandes mudanças até o século seguinte com o início das lutas operárias, surgiram novos direitos que pretendiam dar solução a determinados problemas sociais através da intervenção do Estado. Neste processo são importantes a Revolução Russa e a Revolução Mexicana.

Durante a Revolução inglesa, a burguesia conseguiu satisfazer suas exigências de ter alguma classe

160 O Código de Rei Urukagina feito um símbolo de justiça é talvez o primeiro exemplo registrado de uma reforma social que pretende alcançar um maior nível de liberdade e igualdade. Limitou o poder do sacerdócio e dos proprietários de grandes propriedades e tomou medidas contra a usura, controles onerosos, fone roubo, assassinatos e ataques de propriedade das pessoas. No texto que se lê: “Urukagina concordou com Deus. Ningirsu viúva e o órfão não estão mais à mercê do homem poderoso”.

161 O Código de Hamurabi (também escrito Hamurábi ou Hammurabi) é um dos mais antigos conjuntos de leis escritas já encontrados, e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Segundo os cálculos, estima-se que tenha sido elaborado pelo rei Hamurábi por volta de 1700 a.C. Foi encontrado por uma expedição francesa em 1901 na região da antiga Mesopotâmia correspondente a cidade de Susa, atual Irã.

162 O Cilindro de Ciro é um cilindro de argila, atualmente dividido em vários fragmentos, no qual está escrita uma declaração em grafia cuneiforme acadiana, em nome do rei Aquemênida da Pérsia, Ciro, o Grande. Ele data do século VI a.C., e foi descoberto nas ruínas da Babilônia na Mesopotâmia (atual Iraque) em 1879.

163 George Mason, um dos fundadores dos Estados Unidos, foi o autor da Declaração de Direitos da Virgínia e serviu como um delegado à Convenção Constitucional na Filadélfia, em 1787.

de seguridade contra os abusos da coroa e limitou o poder dos reis sobre seus súditos, proclamando a Lei de Habeas corpus em 1679, em 1689 o Parlamento impôs a Guilherme III da Inglaterra na Carta de Direitos (ou Declaração de direitos) uma série de princípios sobre os quais os monarcas não podiam legislar ou decidir.

No século XVII e XVIII, filósofos europeus, destacando-se John Locke, desenvolveram o conceito do direito natural. Os direitos naturais, para Locke, não dependiam da cidadania nem das leis de um Estado, nem estavam necessariamente limitadas a um grupo étnico, cultural ou religioso em particular. A existência dos direitos subjetivos, tal e como se pensam na atualidade, será objeto de debate durante os séculos XVI, XVII e XVIII, o que é relevante porque habitualmente se diz que os direitos humanos são produto da afirmação progressiva da individualidade e que, de acordo com ele, a ideia de direitos do homem apareceu pela primeira vez durante a luta burguesa contra o sistema do Antigo Regime.

Sendo esta a consideração mais estendida, outros autores consideram que os direitos humanos são uma constante na História e tem suas raízes no mundo clássico; também sua origem se encontra na afirmação do cristianismo da dignidade moral do homem enquanto pessoa. Ao longo da história surge a ideia da teoria do contrato social, de acordo com seus três principais formuladores, os já citados Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, se baseiam em que os direitos do indivíduo são naturais e que, no estado de natureza, todos os homens são titulares de todos os direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber que os direitos reconhecidos à pessoa humana independentemente de sua capacidade, de seu caráter, ou de suas preferências pessoais, sejam elas religiosas, ideológicas, partidárias, sexuais, ou de qualquer outra espécie, são frutos de uma longa evolução histórica.

Hoje, mais de sessenta anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, questionamos como está sendo respeitada a dignidade da pessoa humana. Ela está sendo respeitada ou permanece no papel? O princípio fundamental que se encontra no Art. 1º, inciso III da Constituição Brasileira promulgada em 1988, como um dos fundamentos do nosso Estado está sendo respeitado?

Não importa se os filósofos, poetas e escritores discorram sobre o assunto. Podemos dizer que enquanto o poder de agir estiver concentrado nas mãos de quem só pensa em seus próprios interesses, a dignidade humana dos mais fracos vai valer o que sempre valeu. Nada.

Assim, podemos dizer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 possui como características principais a indivisibilidade que trata dos direitos relacionados ao homem como todo e a universalidade, tendo em vista que tais direitos são inerentes a qualquer ser humano. Dessa forma, a ideia de Direitos Humanos ganhou importância devido a seus pressupostos e princípios que tem como finalidade a observância e proteção da dignidade da pessoa humana de forma universal, ou seja, abrangendo todos os seres humanos.

Portanto, direitos humanos são aqueles que determinam a origem formal dos direitos do homem e da mulher. Esse direito, sem dúvida, foi estabelecido pelas Declarações de Direitos do homem, aprovadas pelos Estados Norte-americanos em 1776 e pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, emergente num clima cultural no qual predominava o jusnaturalismo, onde conclui que os homens e mulheres teriam direitos naturais anteriores à formação da sociedade política, os quais o Estado deveria reconhecer e garantir como direitos do cidadão.

REFERÊNCIAS

Kuhrt, Amélie (2007). **The Persian Empire: A Corpus of Sources of the Achaemenid Period**. London: Routledge

Muhammad A. Dandamayev. CYRUS iv. **The Cyrus cylinder** (em inglês).

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÍBLIA Pastoral, Edição Paulus, 1999

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. **Derechos Humanos**, Estado de Derecho y Constitucion. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

Norberto Bobbio (1992, p. 6) desenvolve a mesma idéia [...] “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer”.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. 3ª Reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ANTUNES, Ruy Barbedo. **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: a questão relacional**. Rev. Esc. Direito, Pelotas, v. 6, n. 1, p. 331-356, jan./dez., 2005.

ARAGÃO, Selmo Regina. **Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

A PRISÃO DESNECESSÁRIA NÃO ACALMA O CLAMOR DO POVO BRASILEIRO QUANTO AO FIM DA IMPUNIDADE

Nívea de Matos Lacerda¹⁶⁴

RESUMO

A sociedade brasileira clama por efetiva repressão penal, principalmente nos crimes praticados por agentes públicos e/ou com dano ao patrimônio público, entretanto efetiva repressão não existe na prisão desnecessária.

Palavras-chave: Direito Penal. Prisão. Necessidade. Paz social.

164 Nívea de Matos Lacerda é Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Professora de Criminologia e Direito Penal, Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

É chegada a hora de se punir efetivamente aquele que cometeu uma infração penal, com a celeridade e eficiência devidas.

O contexto midiático atual, no Brasil, é de sanha violenta para desbaratar associações ou organizações criminosas, máxime em casos de corrupção política, a exemplo da Operação Laja Jato.

Entretanto, só há punição efetiva e célere direcionada ao infrator penal quando as medidas aplicadas guardam a proporcionalidade adequada, principalmente na aplicação da prisão, como ultima ratio do Direito Penal.

2. A REALIDADE BATE À PORTA....

Na verdade, o contexto de violência e insegurança em que vivem os brasileiros ordeiros, diante dos números estupendos de infrações penais violentas ocorridas nos últimos tempos, deixa a sociedade com ânsia de encarceramento, numa tentativa desenfreada de deixar bem longe de nós pessoas com comportamento antissocial.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, a quem compete, por previsão constitucional, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes- artigo 103-B, parágrafo 4º, do texto constitucional - “Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300”.

É. Mas a realidade mostra que a prisão nem sempre protege a sociedade de seus algozes infratores penais, pois a prisão desnecessária encarece o sistema penal, abarrota presídios, enquanto o dinheiro do erário precisa ser usado em hospitais públicos- onde faltam materiais básicos para tratamento de saúde-, em escolas públicas de qualidade - que atualmente são de qualidade questionável- e em segurança pública- pois a população ordeira está trancafiada em casa enquanto a “bandidagem” age sem piedade por aí, na certeza de total impunidade.

Exemplos claros disso são as inúmeras rebeliões carcerárias ocorridas na atualidade, com decapitação de pessoas, mortes sem motivação alguma, em um verdadeiro cenário de horrores, sem que o Estado brasileiro consiga cumprir o seu papel primordial de segurança de sua população.

Pois bem. E aí, o que fazer?

Qualquer pessoa de compreensão média das questões mais importantes a serem enfrentadas pelo Estado brasileiro sabe afirmar que o sistema penitenciário, em nosso país, é falido e ineficiente.

Nem porque sou Defensora Pública - e tenho muita felicidade nisso- posso vender minha inteligência ao ponto da hipocrisia de afirmar que está tudo certo com o abrandamento das punições penais.

Nem por isso acredito que uma prisão desnecessária, embora possa trazer o sentimento efêmero de punição efetiva, seja eficaz em casos de corruptores políticos, com os bolsos cheios de dinheiro à custa de mandatos políticos e da miséria do povo de nosso país.

Também não sou contra a prisão necessária, até porque ainda não inventaram modelo melhor e críticas são muito bem-vindas quando há solução apresentada pelos críticos e estudiosos, não por desavisados por aí -, mas lançar mão de prisões desarrazoadas e ineficazes apenas comprova a incompetência geral do nosso sistema punitivo penal.

Repito. E aí, o que fazer?

A discussão acerca de conceitos e hermenêutica das infrações penais, penas e sistemas penitenciários nada tem de moderna, mas o assunto continua tão instigador que as bases doutrinárias travam virulentas divergências.

Claus Roxin, com seu jeito alternativo e funcional de pensar Direito Penal, discute, de modo ímpar, a legitimidade do Estado para punir pessoas, chegando a escrever que: “La pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea, nueva, en todas las épocas. En efecto, no se trata em primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica: Como y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal; de ahí que no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados”.

Para Soler, conceituando a pena com um viés que parece apenas retributivo: “a pena é uma sanção afluiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Nessa quadra de discussões, quando se pensa nas teorias retribucionistas, relativas e ecléticas que tentam explicar os fundamentos do castigo humano, a solução viável para que a sociedade que o Direito Penal tem por finalidade proteger viva em segurança e ao mesmo tempo haja repressão eficaz àqueles que violarem a norma penal em vigência - praticando infrações penais - parece não se conformar apenas com retribuição de castigo ou o foco exclusivo na pessoa do infrator, mas no uso adequado do jus puniendi estatal.

Já dizia Hassmer que: “Nós precisamos do Direito penal, o Direito processual penal e as penas, uma vez que eles restringem os procedimentos de controle social, os tornam avaliáveis e controláveis e os conectam a princípios fundamentais que servem à proteção de todos os seres humanos vinculados a este difícil conflito que tem a haver com a infração da norma: os prováveis responsáveis, os sentenciados, as vítimas, as testemunhas, os que repartem a justiça e finalmente a sociedade. Formalizar o controle social não é outra coisa que limitar as faculdades de ingerência estatal”.

Ou seja: a discussão não é tão nova, mas continua em pleno vapor, pois somos ainda embrionários no que concerne à resposta adequada para que o violador da norma penal, uma vez obrigado a cumprir uma pena fixada pelo Poder Constituído de um Estado Soberano, não mais cometa infrações penais-afastando-se da reincidência de forma definitiva- e, concomitantemente, mantenha sua integridade físico-moral, em respeito aos seus direitos fundamentais.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DAS MÁS ESCOLHAS SÃO INEVITÁVEIS

Durante muito tempo, as redes de comunicação, impressas ou não, venderam a ideia de que a prisão seria o bálsamo para o problema da impunidade e ausência de segurança pública para a sociedade brasileira.

O dilema que incomoda a sociedade leiga no assunto é o mesmo que instiga a academia jurídica, pois o leigo não sabe como resguardar seu patrimônio e demais bens jurídicos da afronta da violência implantada no país, e o jurista não tem solução pronta para o caso, o que desembocou em adoção de ideias fixas, oriundas de mentes leigas e/ou letradas, de se implantar um Direito Penal Máximo no Brasil, ao ponto de alinhamento como a Teoria do Direito Penal do Inimigo, cunhada por Günther Jakobs, aproximadamente em 1985, com foco no criminoso como o efeito maligno da sociedade, alguém que quanto mais rápido morrer melhor para todos.

Guilherme de Souza Nucci, ao definir o Direito Penal do Inimigo, versão automática do Direito Penal máximo, traz à baila que: “Vale, em primeiro lugar, defini-lo: trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros). Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio de preparação. Admite-se, ainda, que contra eles sejam aplicadas sanções penais desproporcionais à gravidade do fato praticado (cf. Günther Jakobs, *Derecho Penal del Enemigo*). Em suma, o mais importante é manter segregados, pelo tempo que for necessário, aqueles cujo propósito é desestabilizar o Estado e ferir, de maneira inconsequente, pessoas inocentes”.

Chegou-se ao ponto de se defender, embora impossível do ponto de vista constitucional, o cumprimento de penas perpétuas e até de morte, como se isso fosse um remédio eficiente para que voltássemos a ter paz em um contexto de grave criminalidade estabelecida.

Mirabete demonstra sua indignação com tal quadra de pensamentos: “Com relação à pena de morte, tão discutida, seus defensores entendem ser a única que realmente intimida o delinquente perigoso, sendo um meio eficaz e econômico de proteção à sociedade, enquanto seus opositores alegam sua imprestabilidade, inconveniência e ilegitimidade. Alinham-se, em síntese, as principais razões da supressão da pena capital: (a) A exemplaridade da pena de morte não está demonstrada ou parece discutível. (b) Muitos dos crimes com ela punidos são praticados por doentes mentais, alguns dos quais, por isso mesmo, escapam do castigo supremo. (c) Há chocantes desigualdades na aplicação dessa pena, seja pelos diferentes graus de severidade dos tribunais competentes, seja por motivos de ordem econômica e sociológica, de modo a existir o risco de constituir essa punição ameaça muito maior para os criminosos carentes de meios econômicos que por causa disso estão em piores condições para se defenderem. (d) Apesar de todas as medidas de aperfeiçoamento do processo judicial, existe sempre uma inegável possibilidade de se praticarem erros judiciários. (e) A repercussão da pena de morte é a tal ponto má que estudiosos chegam, inclusive, a lhe atribuir caráter criminológico. (f) Quanto à proteção da sociedade, pode ser convenientemente assegurada a prisão perpétua. (g) A difusão do pensamento humanista faz a opinião pública considerar a pena de morte como inútil e odiosa. O caráter inviolável da vida humana opõe-se a ela”.

As escolhas de política criminal, através dos Poderes Constituídos, como se bois de manada, fomentaram uma ideia de encarceramento a todo custo.

Mas a escolha que fizeram está reverberando negativamente, e enquanto a população carcerária cresce aritmeticamente, a violência cresce faraônica e geometricamente. O que falhou então? Quem falhou?

Este artigo não tem o condão de esgotar a matéria, mas de conclamar os que me derem a alegria de lê-lo para deixarmos a visão míope do encarceramento a todo custo e criarmos um mecanismo de aprisionamento somente quando se mostrar eficiente, nunca e somente no afã de segregar ou porque ainda não se criou nada melhor do que prender.

Nunca vi prisão mais desarrazoada do que dos atuais agentes políticos ladrões, que nem de longe ressarcem o rombo que praticam dentro do cenário econômico brasileiro.

Quebraram a Petrobras, extorquiram pessoas, semearam a discórdia, dilapidaram a economia brasileira e trouxeram o caos no que se refere ao atual estágio da economia brasileira.

Mas é comum encontrar pessoas dizendo por aí que “tomara que eles apodreçam na prisão”.

A prisão é cara para o contribuinte ordeiro, os inúmeros transportes desses agentes políticos são como verdadeiras escoltas dignas de um rei, a mídia se favorece financeiramente da especulação dessas prisões, e nada se vê de efetivo- o que serviria de alento para a população cansada de ladrões- que restaure o sentimento dos brasileiros de confiança nos Poderes instituídos e nas leis do nosso país.

Verdadeiramente, a prisão, nesse caso de crimes de corrupção, não restabelece a ordem e o progresso!

Em concordância com o autor Rogério Greco: “Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”.

4. ALGUMA LUZ NO FIM DO TÚNEL

Se o excesso de encarceramento falhou e estamos verdadeiramente à beira do abismo, é hora de enxergar a situação da aplicação da lei penal com uma visão pelo menos mais lúcida e verificar que outras alternativas ao cárcere precisam ser aplicadas.

E não se esqueça que o Código Penal brasileiro já traz as penas substitutas à pena privativa de liberdade em seu artigo 43, quando determina: “As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - VETADO

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)”.

Embora haja limitações legais à aplicação da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, objetivas (limite máximo de pena cominada e espécie do crime) e subjetivas (vedação, a princípio na reincidência dolosa, além de características do apenado como a culpabilidade, os

antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias da infração penal), podemos melhorar muito essa questão.

Andei pensando em agentes públicos bem formados intelectualmente, mas punidos criminalmente, alfabetizando pessoas que nunca tiveram a oportunidade de estudar na idade correta.

Continuei meditando e me lembrei da hipótese desses mesmos criminosos agentes públicos serem condenados a prestar serviços à sociedade, somando esforços com escolas públicas para aulas de reforço a quem precisar. Devem, no mínimo, serem bons de leitura e magníficos em operações de adição de altas quantias de dinheiro ceifadas do patrimônio público.

Cheguei mesmo à conclusão de que os limites das prestações pecuniárias poderiam ser muito aumentados para aqueles que enriqueceram ilicitamente violando a norma penal, considerando o patrimônio de cada um deles e beneficiando sobremaneira hospitais, prefeituras sucateadas, escolas, empresas públicas, e onde chegou o poder lesivo deles, com o escopo de melhorar a logística e a prestação do serviço público.

Se aumentado, inclusive, o limite máximo da pena abstratamente aplicada ao crime, para além dos poucos quatro anos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, a perda de bens e valores dos condenados criminalmente poderá mesmo alcançar valores que devolvam o patrimônio público ao *status quo ante*, e isso é perfeitamente factível.

São apenas ideias que, aprimoradas e legisladas, poderão aliviar o sistema carcerário brasileiro, desafogando presídios caóticos e punindo infratores para que a sociedade seja privilegiada com as sentenças penais condenatórias e não mera expectadora do péssimo jeito de punir do Estado Brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É. Precisamos de paz...

Paz para sair e voltar para casa, paz para conduzir nossas vidas em parâmetros de liberdade.

Se o cárcere fosse a única medida eficiente para se punir infratores, os Estados Unidos da América, que se dizem modelo para o mundo, não teriam a 1ª população carcerária mundial, e não continuariam a ter tiroteios em faculdades, negros mortos em plena rua pela polícia e um tráfico de entorpecentes de dar inveja a qualquer máfia estabelecida.

O Direito Penal deve mesmo auxiliar na conquista da paz mundial, mas deve ser o último mecanismo a ser usado para tal objetivo, pois um Estado que cuida de pessoas precisará cuidar menos de penitenciárias.

Quem sabe se ensinarmos nossas crianças a se presentear com flores...

REFERÊNCIAS

CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- www.cnj.jus.br.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas**. 4. ed . São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, página 443.

KUHENE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada (LEP)**. 11. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá , 2013.

ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho Penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, página 49.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1970, volume 2, página 342.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, página 34.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** revisado, atualizado e ampliado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, página 405.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, volume 1, página 233.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1977.

DAMÁSIO E. DE JESUS, **Penas alternativas**, São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

Constituição da República Federativa do Brasil- www.planalto2.gov.br.

Código Penal brasileiro - Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.

A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E OS ASPECTOS JURÍDICOS COM A EC 66/2010

Nizangela Hetkowski Genovês¹⁶⁵

RESUMO

O presente trabalho analisará a Dissolução do Casamento e os aspectos jurídicos a partir do advento da EC 66/2010, analisando o Código Civil e a EC 66/2010; bem como as atualizações e seus aspectos na seara jurídica. A problemática buscou a seguinte resposta: a facilidade para dissolver o casamento está amparada em princípios de proteção à família? Com a dissolução do casamento e as diretrizes da EC 66/2010 existe a possibilidade de pleitear alimentos pós-divórcio? O objetivo principal é análise da EC 66/2010. Analisar-se-á a possibilidade de pleitear alimentos após o divórcio. Nos objetivos, busca-se analisar o Código Civil, a EC 66/2010, a dissolução do Casamento e os aspectos jurídicos decorrentes da EC 66/2010. No que se refere à metodologia, foram aplicadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT no concernente à pesquisa ora elaborada. Portanto, está restringir-se-á basicamente à pesquisa bibliográfica. A contribuição social da pesquisa para o direito foi a abordagem acerca dos Enunciados e distribuição da justiça de forma individual, analisando o Direito de Família em sua essência, continuidade e proteção estatal.

Palavras-chave: Família; Divórcio; EC 66/2010; Alimentos; Culpa;

165 Hetkowski, Nizangela Genovês. Bacharela em direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná-RO- CEULJI/ULBRA. Advogada militante nas áreas de Direito de Família, Sucessões, Cível, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho. Pós- graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; pós- graduanda em Direito de Família e Sucessões; Concluindo MBA - Master in Business em Direito Civil e Processual Civil.

E-mail: advocacia.nizangela@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema “A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E OS ASPECTOS JURIDICOS COM A EC 66/2010” se deu em face à necessidade de publicar as mudanças, e avanços do Direito de Família na atualidade, mudanças estas pautadas integralmente na proteção da família. A EC 66/2010 visa dar mais celeridade nas demandas da justiça, buscando regularizar vínculos afetivos e desvinculo que aguardavam apenas prazos para solução da lide.

A família, origem de toda a história, fatos, organização que justifica os demais eventos entre pessoas, relações familiares e afetivas, destacada sua origem nas relações entre os povos, nações, conceito e evolução no contexto social, familiar e jurídico.

Será tratado o casamento na sua origem entre os povos, os fundamentos, o papel da Igreja, Estado e a interferência deste em busca da solução de conflitos entre povos e religião versus as normas sociais.

A decomposição e ruptura do liame conjugal, sua eficácia e danos, bem como dos direitos e deveres dos cônjuges, um para com o outro desde o afeto e responsabilidades familiares de provedores e para com os filhos e dependentes.

Nas considerações finais, a confirmação das hipóteses, as respostas aos objetivos gerais e específicos, a contribuição da pesquisa para o direito de família e exposição de motivos que levaram a pesquisadora a investir na seara da família através da pesquisa e os benefícios alcançados na lide profissional.

2. FAMÍLIA

Na abordagem histórica acerca da família, evolução, reciprocidade, afeto e relações afetivas que conduziram nubentes às relações familiares a partir do casamento ou convivência estável, mesmo que em moradias independentes, levam à definição de família, que, segundo o dicionário Nova Enciclopédia Língua Portuguesa (1980, p.288) é: “descendência, linhagem, estirpe, tronco, raça, agrupamento”.

O conceito sociológico, segundo Venosa (2005, p.18): “Pode ainda ser considerada a família integrada pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular”. Pode-se afirmar que o Direito de Família e Sucessões, dentro do ordenamento jurídico foi à ramificação com maior evolução e reconhecimento de direitos a partir da analogia, reconhecendo os direitos e modalidades familiares.

Na evolução histórica, conta Leopardi (1992, p.45) que: “Todos os homens, desde o princípio, povoaram a terra e foram criados em todos os lugares, ao mesmo tempo, como as crianças e alimentadas pelas abelhas, cabras e pombas e foram educados como Júpter [...]”.

O casamento, no sentido da sociedade conjugal entre o homem e a mulher foi reconhecido na Constituição de 1967 como primeiro ato para a constituição familiar digna do direito à proteção da lei, confirmando a redação da Constituição Federal de 1946 cuja redação afirmava ser a família constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel (Cahali, 1994).

No fundamento dos artigos 1.511 a 1.516 do Código Civil, R. Limongi França *apud* Manzione (2014, p.344), casamento é: “o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja a integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”. Não diferente, recepcionou a Constituição Federal de 1988 no artigo 226, *in verbis*: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Brasil, 2017).

Ante o entendimento cristão, citado por Pessoa (2014, p.38): “Gênesis 2:22 – E da costela que

havia tirado do homem, Deus passou a construir uma mulher e a trazê-la ao homem e Matheus 19:4-6. Em resposta, ele disse: “Não lestes que aquele que os criou desde [o] princípio os fez macho e fêmea”.

A composição familiar encontra supedâneo na legislação decorrente de uma previsão religiosa, preceitos e fundamentos que perduraram por décadas até o advento então do desquite, tudo dentro de uma busca para que a família permanecesse dentro das modalidades e exigências sociais, cristã, mesmo quando os motivos traziam danos a algum dos envolvidos, a família “base da sociedade” se formava do que se pode denominar aparência e não afetiva, sadia e harmônica.

Quanto aos direitos e deveres dos cônjuges, trata-se de um tema de difícil abordagem, vez que direito de família, onde as relações diversas são permitidas e reconhecidas pelo ordenamento jurídico, ainda os motivos religiosos que interferem nos direitos e obrigações entre cônjuges e companheiros.

3. DIVÓRCIO

A palavra divórcio, em latim significa “*divortium quoad thorum et mensam*” (Cahali, 1994) seria a separação de corpos e não dissolve o vínculo e a outra acepção é absoluta, oportunidade de novo casamento e nas civilizações antigas (Cahali, 1994, p.23): “[...] antes do Cristianismo não havia a disciplina da indissolubilidade senão excepcionalmente [...] os casamento entre os astecas só se dissolvia com sentença. O Código de Manu admitia o repúdio [...]”.

Assim, em diversas fases o divórcio evoluiu, sendo consideradas em Roma, no Direito Canônico, outras denominações religiosas, chegando ao direito comparado que entendeu tratar-se de um instituto relevante cujos reflexos atingiam as searas sociais, religiosas e políticas.

Nas Constituições Brasileiras, em primeiro a de 1824, Império, foi tratado assim no artigo 116 e seguintes, acerca da sucessão do Império. A Constituição de 1891, na seção de trata da declaração dos direitos dos cidadãos, em seu capítulo 72 § 4º trazia que a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

A Constituição de 1934, Título V - Da família, da educação e da Cultura, trata no capítulo I – da Família trouxe que a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. A Constituição de 1937 trata da família e da indissolubilidade do casamento, no fundamento dos artigos 124 e seguintes. A Constituição de 1946 no Título VI - da família, da educação e da cultura, capítulo I – família, trata dos bens e do casamento nos artigos 163 e seguintes. A constituição de 1967 no Título IV – da Família, da educação e da cultura no artigo 167 desta a indissolubilidade do casamento.

Ensina Cahali (1994, p.13), que desde 1946, o Estado trazia caráter institucional à proteção da família, sendo digna de direito e proteção da lei: “Constituição de 1946, segundo o qual a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”.

A Constituição de 1988 num único dispositivo espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos

direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Manzione (2014, p.349) descreve divórcio como: “Divórcio é a dissolução do casamento considerado válido, por meio de sentença judicial ou via administrativa, possibilitando às pessoas casarem-se novamente”. E com o advento da EC 66/2010, passou a vigorar com a redação do artigo 226 § 6º “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Dessa forma, não existe mais o lapso temporal de mais de um ano nos casos previstos anteriormente na lei que antes eram utilizados, retirando ainda o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

Na Alemanha Oriental, Argentina, Áustria, Bulgária, Bélgica, Tcheco-Eslováquia, Cuba, Espanha, Estados Unidos, Equador, França, buscaram entender à evolução social a partir da família de forma harmônica, buscando o Estado ante a trinômia possibilidade, necessidade e condição acompanhando assim os direitos, deveres e obrigações do Estado para com a família e do indivíduo uns com os outros e para com o Estado. Estado, Igreja, Família, são instituições que juntas forma a sociedade. Contrariamente harmônicos, tem-se o que se pode denominar descontrole, violência e danos irreversíveis.

A não intervenção na intimidade dos cônjuges pode ser considerada como um dos maiores avanços no Direito de Família. Não basta a homologação sem que se busque a conciliação do casal, mas o posicionamento de se respeitar a decisão e abster-se de acusar ou reprovar a culpa pelo julgador, pois a este não cabe, uma vez que os danos e reflexos competem apenas às partes.

Na fase pré-codificação civil, proclamada a independência, instaurada a monarquia, a participação da igreja era incisiva no que tangia ao casamento. O Decreto de 3 de novembro de 1827 estatuiu as disposições do Conselho de Trento, que sobrepôs a jurisdição da Igreja nas questões matrimoniais. Avanço ocorreu no império, desvinculando-se com o Dec. 1.144 de 1861, regulamento 3.069/1863 que regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes (Cahali, 1994).

A seguir, Campos Sales apresenta a proposta de divórcio no Brasil, disciplinando a separação de corpos como divórcio e em 1893 foi apresentado no Parlamento a proposição divorcista, que no período de 1896 e 1899 se renovava na Câmara e Senado, tentativa que ocorreu também em 1900, relatado por Beviláqua em 1901, o tema foi debatido com as opções desquite e divórcio.

As discussões pairaram sobre a indissolubilidade como princípio constitucional e as reformas tentadas, a reforma vitoriosa e a nova disciplina constitucional do divórcio, e a crítica ao sistema legal do divórcio brasileiro. Causas e concausas, fundamento, natureza e gravidade da separação e do divórcio, entre estas as criminológicas, eugênicas, indeterminadas e pessoais, destaque para as peremptórias e facultativas que conduziram os envolvidos à busca do divórcio no Brasil e no mundo.

Antecedente à EC 66/2010, outras foram as Emendas que trataram do tema, entre estas a EC 9/1977 que admitiu a dissolubilidade do vínculo matrimonial e levou o país ao rol dos divorcistas, quebrando barreiras, paradigmas entre critérios e normas em prol da concessão do divórcio. Havia ainda os prazos exigidos para a concessão do divórcio, a partir de um prazo de dois anos de confirmada separação do casal.

A celeuma que levou a família a buscar maneiras éticas e menos públicas acerca da separação, entre outros motivos, foi a desnecessária justificativa sobre a vontade e a liberdade de expressá-la ou não. Em assim sendo, a celeridade promoveu no ordenamento jurídico uma compreensão sobre a disponibilidade ou não do direito, lembrando o lançamento de anão, dos direitos disponíveis e não disponível vez que, mesmo tramitando o processo em segredo de justiça, necessário frisar o desgaste, a exposição dos motivos, e assim a opção se resumia na separação por dois anos e o divórcio direito.

3. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Quanto aos antecedentes, toda a história que vai da Igreja ao Estado e das modalidades familiares passaram por interpretações diversas, não diferentemente foi com a EC 66/2010.

No que se refere à separação, divórcio, desquite, anulação, tudo isso modificou, alterou, consolidou, enfim. Mas, quanto ao eclesiástico, as referências são claras, assim as exigências, conduzindo pessoas a cerimônias diversas, mudanças de denominação religiosa, mas servindo ao Deus Único, pois da separação à aceitação pelo aborto, mesmo em caso de violência, ainda existem cláusulas a serem inseridas no Direito Canônico que contemplem os intérpretes com a sabedoria e extensão da norma.

A revisão trata de etapas do direito como a separação judicial amigável e litigiosa, a conversão em divórcio, o divórcio consensual, o divórcio litigioso, a dissolução de sociedade de fato extinção de concubinato, do patrimônio, da guarda dos filhos, dos incapazes e da reconstrução de novas famílias.

Marques (2010, p.6), em suas considerações acerca da EC 66/2010 revela que:

Suprimiram-se, assim, os requisitos da prévia separação judicial ou de fato. Persiste o divórcio, mas agora sem necessidade do preenchimento de tais requisitos. Fica claro que a reforma em tela nada mais fez do que facilitar a dissolução do matrimônio, deixando de condicionar o divórcio à prévia separação judicial ou de fato. O constituinte reformador nada disse sobre a dissolução da sociedade conjugal (grifo nosso).

Quanto à dissolução da sociedade conjugal, a EC 66/2010 inovou, isso é certo. Mas, bem relata o autor no que se refere à dissolução da sociedade conjugal. Neste sentido, há de se admitir o postulado que reza que “o que Deus uniu o homem não separa”, seria o mesmo que alegar ex-esposa como ex-mãe, ex-pai, ex-irmão e todo o vínculo afetivo é superior a qualquer outra razão, uma vez que são construídos laços que outrora se pode questionar, mas revelam momentos, circunstâncias, construções, estruturas, amadurecimentos, que não se desvinculam com a homologação do divórcio sem o prazo para “pensar” como era o prazo entre a separação (1 ano) e 2 (dois) anos já separados para a concessão do divórcio direto.

Campolina (2014, p.2) resume o objeto e interpretação da EC 66/2010: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”

Pode-se afirmar que a família evoluiu de tal maneira, que dos primeiros grupos familiares até o advento da EC 66/2010, sofreu mudanças e adequações sobremaneira extravagantes, sendo assim avaliada pelo legislador.

No histórico anterior à EC o número de ações em trâmite e os desgastes se encontravam acumuladas, uma vez que os laços vinculares do casamento vão se desfazendo, aguardava-se também na lide a resposta à partilha de bens, guarda de filhos, desgastando ao Estado e aos litigantes.

E, assim sendo, a construção de laços afetivos inovou com as novas modalidades familiares reconhecidas pelo Estado, respeitando-se a opção sexual, cor, credo, raça, entre outros aspectos, com abrangência de forma concreta a cada caso em prol da paz, da formação e construção da família em suas modalidades com direitos, deveres e obrigações às normas legais e proteção.

O referencial de família e casamento sob a égide da igreja era que, “o que o Deus uniu o homem não separa” não é comum a todas as constituições familiares, pois as diversidades familiares, culturais e sociais trouxeram interferências em todo o conjunto familiar, uma vez que opção pelo desfazimento dos laços conjugais representa maturidade, considerando-se o número de casos de violência doméstica e familiar no Brasil.

Reitera Almeida (2011, p.5) acerca do advento da EC 66/2010 que: “a Emenda Constitucional

consagrou o princípio da liberdade e da autonomia da vontade que devem estar presentes tanto na Constituição como na dissolução das relações conjugais”.

As decisões e questões controvertidas diante da aplicação da norma, com certeza motivou o aplicador do direito a decisões apartadas, como foi os casos práticos de ações que transitavam há muito tempo em discussões entre as partes por motivos diversos, prosseguindo somente no âmbito patrimonial e da prole ou dependentes.

Os artigos 1.694 a 1.970 do Código Civil Brasileiro trazem a previsão de que é devida as prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode por si sustentar-se (Manziona, 2014) e quanto aos requisitos, são: a) Existência de vínculo de parentesco entre ambos; b) Necessidade do alimentando; c) Possibilidade econômica do alimentante.”

Assim, poderão os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, fundamentos do art. 1.694 do Código Civil Brasileiro.

Os alimentos, no período anterior ao advento da EC 66/2010 eram pleiteados na oportunidade da separação judicial e decididos, em maioria dos casos, na sentença que concedia o divórcio e após o trânsito em julgado procedido as averbações na certidão de casamento, também assim se procedia ao formal de partilha, abertura de conta para depósito de alimentos aos filhos.

Dias relata do conhecimento decorrente das vivências jurídicas, sociais, e da analogia às ciências de ampla extensão (2012, p.168), trata de alimentos a partir do divórcio, assim, “Quer seja objeto de ação autônoma quer esteja atrelada à demanda dissolutiva do casamento, a pretensão alimentar não se sujeita a qualquer reflexo em face do fim da separação que levou consigo o instituto da culpa”.

Assim sendo, alimentos devidos e previstos na legislação vigente, podem ser concedidos independentemente da declaração de culpa, vontade ou outros meios fraudulentos para inibi-los. Dias (2012, p.169) traz que: “[...] mister reconhecer que estão derogados não só os arts. 1.702 e 1.704 do CC, mas também o § 2º do art. 1.694. Via de consequência, não é possível invocar a obrigação dos parentes e a eventual ilegitimidade do cônjuge para a ação de alimentos”.

Entendimento ou interpretação, não se pode negar razão, vez que a realidade econômica, social, empresarial e jurídica de negócios nem sempre são do conhecimento dos cônjuges, ficam à mercê de procurações e autorizações para um dos cônjuges gerirem e administrar, vez que, nem sempre o que apresenta, “é”. Está-se diante de um momento econômico em que empresários estão sendo mantidos na função e cargos, mas desfeitos estão os suportes de autonomia e propriedade empresarial, vez que as ações são vendidas a terceiros e investidores, entre outras armadilhas para livrar-se da obrigação para com o outro em face de tantos motivos que fogem à alçada da justiça, pois não constam como provas nos autos.

Campolina (2014, p.1) traz que:

Desta forma, os pressupostos essenciais para a prestação de alimentos entre os cônjuges são: a existência de companheirismo, vínculo conjugal entre o alimentando e o alimentante, a necessidade do alimentando, a possibilidade econômica do alimentante e a proporcionalidade entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante.

Não que os alimentos recíprocos e devidos não eram pleiteados, mas a celeridade e as divergências de entendimento a alimentos devidos e não pleiteados. Os alimentos familiares representam uma das principais efetivações do princípio da solidariedade, sendo essa a própria concepção da categoria jurídica (Tartuce, 2014).

Trata-se de direito personalíssimo, recíproco, irrenunciável de obrigação divisível e solidária, imprescritível, ou seja, não sujeito à prescrição, incessível e inalienável, considerando-se que podem ser pleiteados a qualquer tempo, de pretensão em dois anos, iniciando-se a partir do vencimento.

Inicialmente, alimentos era algo conceitual aos filhos e dependentes, mas não entre os cônjuges, o que hoje, com o entendimento aos direitos às partes envolvidas no contexto familiar, podem se estender a descendentes, ascendentes e colaterais, conforme pleiteados e diante da necessidade destes. O Estado, diante da possibilidade de se buscar alimentos a partir das políticas públicas e administrativas, a concessão dos alimentos via pública não exime o compromisso recíproco entre ex-cônjuges e companheiros, pais, filhos, dependentes e os que sobremaneira, especialmente, viviam sobre a dependência do casal.

Neste sentido, a Lei 11.441/2007 instituiu o procedimento cartorial, também célere para o divórcio, ficando os alimentos a serem pleiteados conforme previsão do Código Civil Brasileiro, se comprovada a necessidade e a existência de menores ou maiores incapazes de provê-los.

Neste sentido, a partir da fixação dos alimentos na sentença do divórcio, poderá ser executado posteriormente, o que não devem exceder às possibilidades, necessidades, condições, meios vingativos; ou seja, exigidos em prol de se prejudicar ao outro em face de motivos como traição, nova relação, opção sexual, entre outros motivos.

A fixação dos alimentos pode ocorrer na ação de divórcio se ajuizada no juízo de primeiro grau, mas o entendimento majoritário da doutrina é de que há vantagem em discutir-se patrimônio, guarda e alimentos em ação separada. A ação autônoma tem sido a forma mais solicitada e apreciada pelos condutores do processo, vez que as partes litigantes, durante o afã da separação e dos efeitos decorrentes desta, podem optar de forma precipitada e ficar prejudicadas.

O que o Código Civil buscou a proteção à vida, dignidade, considerando-se os direitos recíprocos e controle a abusos, promovendo-se assim a aplicação da lei em prol dos que buscam a égide judicial para requerer direitos e ter homologadas suas vontades.

Nos precedentes históricos, com fundamento no artigo 1.707 CC/2002 (Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora), o qual trata-se da irrenunciabilidade dos alimentos, têm-se admitido pela doutrina e jurisprudência a renúncia nas relações conjugais.

A flexibilização do julgador para conceder aos litigantes o direito de desistir de direitos irrenunciáveis, provada a independência econômica entre as partes e a satisfação das provas pertinentes, ainda da presença de requisitos que demonstram a eficácia das alegações.

O artigo 1.708 também sofreu alterações com o os Enunciados 264 e 265, in verbis:

Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Enunciado 264 – III Jornada de Direito Civil - Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil. (grifo nosso).

Enunciado 265 – III Jornada de Direito Civil - Art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu. (grifo nosso).

A partir deste entendimento, temos os alimentos às avessas, que seriam de filhos para pais, oportunidade que, entre as questões controvertidas, tem sido apresentada pela mídia televisiva que busca retratar fatos da vida real buscando mostrar e publicar a evolução social, jurídica, familiar, dentro de uma lógica inimaginável por alguns grupos sociais e culturais.

Em outra hipótese, ao se tratar de óbito de um dos cônjuges durante o trâmite processual até que seja a vontade expressa homologada por autoridade competente para que surta seus jurídicos efeitos, ao tratar de sucessão do outro, nos fundamentos do artigo 1.790, o Enunciado 266 prevê e traz em seu bojo a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 1.790 [...]

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Enunciado 266 – III Jornada de Direito Civil - Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.(grifo nosso).

Ocorre que, direito adquirido durante a relação matrimonial, afetiva, independe da existência de outros herdeiros, uma vez que provada a participação e preenchidos os requisitos legais, varão ou virago serão contemplados conforme previsão do Enunciado 266 da III Jornada de Direito de Família.

A necessidade, condição, meios, também tem a ver com o período político, uma vez que a ascensão comercial e econômica de um mantenedor pode não suportar compromissos adquiridos e promessas, entre estes, nas ações de alimentos.

A possibilidade e condição não podem ser impositivas, vez que, não age assim sequer o Direito Penal nas Execuções quando da obrigação de provar ocupação lícita, endereço, emprego, entre outras previsões da Lei das Execuções Penais para o gozo da liberdade provisória. Não é este o caso, mas a dificuldade e motivos que levam o indivíduo ao não cumprimento das obrigações na manutenção do lar por sua própria essência já é uma penalização, ainda mais se decorrente de motivos como vícios, fraquezas psicológicas, discernimento reduzidos por motivos diversos, além de dívidas decorrentes de má administração [...].

Quem alega deve provar. A partir do momento a comprovação de que o valor arrecadado ou construído pelos cônjuges durante a constância do casamento não foi investido para o fim familiar e sim diverso, até mesmo em outra relação, prevaleceu no caso o direito à reclamação ao outro ante a possibilidade de prover o alimento, o cônjuge virago.

As normas familiares e consistências econômicas passaram a ser mais informadas e postuladas quando da relação, mesmo que ainda alegar desconhecimentos como é o caso dos Enunciados, que poucos procuram nos comentários artigos por artigos antes de se postular em juízo o divórcio do casal, podem ser pleiteados posteriormente.

Dias, em suas considerações sobre a EC 66/2010 (2012, p.6), nos revela que:

A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido – e em boa hora – do sistema jurídico pátrio. Qualquer outra conclusão transformaria a alteração em letra morta. A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e espancar definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Estava mais do que na hora de acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.

Avante ao seu tempo, com conhecimento jurídico acima dos valores e compreensões sociais sobre família, distingue a necessidade de se homologar direitos já existentes e promovidos entre as famílias. Nada há de novo, admite ser a EC 66/2010 uma decisão necessária.

No que tange à quantificação dos alimentos, Silva (2013, p.3) esclarece que: “É bom lembrar que não é ponto pacífico entre os doutrinadores e os operadores do direito a discussão sobre a culpa nas ações de divórcio, não só após a Emenda Constitucional 66/2010, como antes disso [...]

A culpa é tratada em vários momentos diante da discussão sobre o casamento, “quatro paredes ocultas”, como, quando e por que. Assim, não se pode afirmar que, quem no momento foi culpado não foi também vítima, e que as provas apresentadas nos autos são as únicas extraídas de toda uma vivência. A sabedoria para filtrar, definir, aplicar normas ao caso concreto, visualizando os reflexos posteriores, não é de fácil aceção, pois decorre de experiência, conhecimento e especialmente, da proteção aos direitos individuais, aos princípios, à família, à ética profissional e ao segredo na tramitação processual.

Pode desaparecer sim, a partir da ruptura que se concretiza com a averbação ou trânsito em julgado da decisão que homologa a vontade dos cônjuges a separação, mas os vínculos e os direitos como alimentos, a história, os eventos de toda uma vida cujos registros ficam presentes como filhos, laços de parentescos, não se podendo excluir uma história [...].

A experiência do autor levou a uma discussão que vai e vem entre a doutrina, não se concluindo exatamente um posicionamento majoritário, pois versa de hipóteses como regionalismo, culturas, todas dentro de uma mesma nação dividida entre “termos”, se assim pode-se denominar.

Assim, trata da culpa em sentido abstrato, ressaltando os direitos adquiridos, líquidos e exigíveis sem se falar em dano a partir da culpa, vez que as vantagens e benefícios ao outro cônjuge são superiores aos danos emocionais como filhos, acervo do casal, histórias de vida, companhia, afeto, entre outros.

A vontade expressa das partes, podendo assim dispor de uma e não de outra, exige maturidade e amor suficiente para compreender que quem ama, mesmo, desvincula-se, liberta, autoriza, participa, envolve, comove e renova-se a partir da satisfação da felicidade do “outro”. Sem mágoas e sem rancor, não tem sido a realidade presente nas salas de audiências, pois a famosa “lavagem de roupa suja” ainda perdurará por décadas até que a compreensão sobre valores como o afeto e o amor seja melhor compreendidos.

Quanto aos efeitos patrimoniais, estes tramitam na conformidade e previsão do Código Civil Brasileiro, seguindo o critério pleiteado pelas partes. Em se tratando de separação na modalidade remédio ou alimentos remédio, uma nova medida ocorre como é o caso de os bens do enfermo retornarem a este e ser-lhe concedido, se possuir meios, o cônjuge sadio deverá provê-los.

E nos efeitos dos alimentos, segundo Magalhães (2013, p.1): [...] se não mais subsiste, diante da nova norma constitucional, a aferição do elemento subjetivo da culpa, o pedido de pensão alimentícia deve ser pautado simplesmente no binômio necessidade (credor) e possibilidade econômica (devedor).” Traz o autor a flexibilização, precedentes e analogia, onde se prevalece.

Ao final do capítulo, pode-se concluir que, a EC 66/2010, como afirmado, inovou. Veio de encontro ao previsto na Carta Magna no que se refere à aplicação dos Direitos e Garantias Fundamentais e Princípios Constitucionais, concedendo o livre arbítrio para que pessoas possam decidir sobre os direitos disponíveis diante da apreciação do judiciário, sendo-lhes concedido o direito em pleiteá-los a qualquer momento e garantindo-se a segurança jurídica, a efetividade da coisa julgada e o trâmite célere conforme previsão legal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da escolha do tema, que veio de encontro à atuação profissional na área de direito de família, identificando dificuldades de interagir com decisões, julgados, buscou-se uma análise da EC 66/2010 e sua contribuição social, a cada fato.

A problemática versou sobre os princípios da proteção familiar e os alimentos pós-divórcio, o que restou frutífera, uma vez que a partir dos Enunciados, julgados, decisão dos Tribunais Superiores, pode-se comprovar a individualidade com que cada caso é tratado dentro de um só evento, respeitando-se e valorando a opção sexual e da separação conjugal sem “forçar” em busca da denominada reconciliação.

Nos objetivos, a possibilidade de pleitear alimentos pós-divórcio, analisou a EC 66/2010, a dissolução do casamento e os aspectos jurídicos. A partir dos métodos adotados, teve-se acesso à legislação nos portais do planalto, jurisprudências, entendimento doutrinário majoritário e analogia, aplicados com base nos princípios do Direito de Família para a construção familiar.

Pode-se observar que a analogia tem sido aplicada para reconhecer direitos individuais, grupais, afetivos, sociais, jurídicos e dentro de uma organização social que constrói suas próprias normas e busca reconhecimento como é a família moderna.

A opção pela ABNT foi no tocante à organização que oferece mecanismos e regramentos para a construção de uma pesquisa elaborada a partir da pesquisa bibliográfica física e virtual.

Quanto aos alimentos, a pesquisa levou à conclusão de que, pleiteá-los, exigi-los, organizar-se, divorciar-se, independe dos laços afetivos, pois estes podem permanecer, uma vez que eivados de lembranças, assim como de obrigações recíprocas como é o caso da educação dos filhos, do respeito mútuo e da reconstrução que necessitará de uma base sólida para se estabelecer em prol da melhor decisão para os filhos.

Assim, alimentos podem ser pleiteados pós-divórcio e não são negociáveis, nem transacionados, podendo ser exonerados, dispensados, exigidos, obrigados, mesmo que dentro das possibilidades, condições e necessidades de quem exige e quem cumpre.

Assim, a partir do divórcio direito, em ação própria, pode-se pleitear os alimentos, bem como discutir-se guarda de filhos e patrimônio, mas ressalva que ambos os cônjuges podem pleiteá-los, ou oferece-los, podendo dispor, conforme enunciado, da desistência dos alimentos.

A contribuição da pesquisa para o direito foi a ampliação do conhecimento na área de família, especificamente nos Enunciados, Jurisprudências e entendimentos doutrinários que reforçaram o suporte já existente, demonstrando que todo o conhecimento transmitido no curso do presente trabalho, se fez presente em um só item, que muito ainda tem para ser explorado e que a evolução da família transcende a todos os outros ramos do direito e das ciências.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Crislaine Maria Silva de. **A Emenda Constitucional n. 66/2010 e seus efeitos**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/> > Acesso em jan 2017.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 06 de março de 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. Tomo 1 . 7. Ed. Ver. E ampl – São Paulo: Ed. Ref. Dos Tribunais, 1994.

CAMPOLINA, Flávia Melo. **A obrigação alimentar entre os cônjuges após a Emenda Constitucional nº 66/2010**. Disponível em: < npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas> Acesso em fev 2017.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em març 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em març 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em març 2017.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em març 2017.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em març 2017.

CONSTITUIÇÃO DE 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em març 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**. São Paulo: Tribunais, 2012. São Paulo: Tribunais, 2012

DICIONÁRIO NOVA ENCICLOPÉDIA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Novo Brasil Editorial Ltda, 1980.

Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/> > Acesso em jan 2017.

Lei 11.441/2007. Disponível em: < www.planalto.gov.br > Acesso em fev 2017.

LEOPARDI, Giacomo. **Opúsculos Morais** (Operette Morali). São Paulo: Hucitec, 1992.

MAGALHAES, Ricardo. **A Emenda Constitucional n. 66/2010 e seis reflexos processuais**. Disponível em: < <https://jus.com.br> > Acesso em fev 2017.

MANZIONE, Luiz. **Sinopses Integradas**. Campo Grande: Campilar, 2014.

MARQUES, Nemércio Rodrigues. **A Emenda Constitucional nº 66 e a separação judicial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em jan 2017

PESSOA, Fernanda. *Relações Jurídicas na Bíblia 3ª*. E. Leme: RCN, 2014.

SILVA, Ivanilson Alexandre Guedes da. **A nova Lei do Divórcio e a extinção tácita da separação judicial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em jan 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Ed. ver. Atual. E amp. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. – 5. Ed.- São Paulo: Atlas, 2005.

DIREITO À SAÚDE: EXPECTATIVA OU GARANTIA CONSTITUCIONAL?

Olganete dos Anjos Moreira¹⁶⁶

RESUMO

Este artigo tem por escopo discorrer sobre o direito à saúde, como um dever do estado, em face à Constituição Federal de uma forma analítica e crítica, pois o direito a saúde no Brasil é assegurado no ordenamento jurídico brasileiro, trata – se de um direito fundamental, uma garantia constitucional. Com o surgimento do Sistema único de saúde - SUS através da lei 8.080/1990 alcança todos os cidadãos de forma universal, sem distinção alguma, gratuito, integral e igualitário. Inicialmente faremos uma abordagem do direito à saúde como parte fundamental do direito à vida e o princípio da dignidade humana previsto na CRFB/88. Em seguida, abordaremos a efetivação deste direito, associado às questões caóticas atuais que não se trata apenas da escassez de recursos na área da saúde, envolvendo o quadro de profissionais e materiais necessários para atendimento médico e a judicialização da saúde.

Por último abordaremos a jurisprudência predominante em nossos Tribunais, que fortalece o dever do Estado na prestação de atendimento à saúde, fornecendo medicamentos, providenciando a prestação de determinados tratamentos, de forma a tornar efetivo o mandamento Constitucional.

Palavras-chave: Direito à saúde; Constituição Brasileira; Judicialização; Dever do estado; Garantia Constitucional.

166 Advogada, professora, especialista em direitos humanos, doutorando em Direito na Universidade Kennedy UK em Buenos Aires – Argentina. olgamoreiraadv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

É irrefragável que a vida é o maior bem jurídico, conseqüentemente para que esta tenha qualidade, se faz necessário que o ser humano usufrua de boa saúde, que envolve uma série de questões como condições sanitárias, nutrição, atividades de uma forma geral, entre outras. Assim, percebemos que a saúde é indispensável a garantia da vida humana, portanto o direito a saúde é fundamental. Na Constituição Brasileira de 1988, o direito a saúde se insere no rol dos direitos sociais garantidos. Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, trouxe um papel muito importante para o direito à saúde no Brasil, de acordo com a Constituição, o Estado tem a responsabilidade de promover o acesso para todos, sendo um direito universal que pertence aos brasileiros e estrangeiros, que assim necessitarem. Desse modo, o direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, incumbindo ao Poder Público o cumprimento desse dever, garantindo a todo cidadão o acesso aos serviços de saúde, sem nenhum tipo de restrição.

A fundamentação jurídica do direito à saúde como direito social e fundamental, está consagrado no ordenamento jurídico pátrio, porém surge uma preocupação mais importante a ser analisada, é tornar este direito fundamental efetivamente concretizado a todos os cidadãos na atual realidade fática do país.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença. A mesma ainda está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, que define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Com a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Lei nº 8.080 de 1990, a efetivação do direito à saúde no Brasil, apresentou relevante progresso, garantindo a todos o direito a um tratamento de saúde gratuito, cumprindo a norma constitucional. Todavia, para concretizar e manter um sistema como este é imprescindível um suporte financeiro e quadro profissional capaz e/ou compatível, com as enormes demandas nesta área.

Recursos públicos destinados à área da saúde, pelo Estado, são limitados e não compatíveis com a quantidade da demanda abrangida pelo Sistema de Saúde adotado, o número de pessoas que precisam de atendimento médico/hospitalar, a diversidade de tratamentos, fornecimento de medicações, entre outros fatores tornam a efetivação deste direito uma extrema complexidade, se acentuando pelas condições deploráveis de diversos fatores exógenos promovidos pelo estado a população e o grau de corrupção vivenciado nos dias atuais, onde o recurso que já não suficiente para determinado seguimento, ainda destinado de forma diversa ou mesmo desviado.

Dessa forma, com a falta de atendimento na área da saúde, observamos que fatalmente o problema é levado à esfera judiciária. Esta intervenção do Poder Judiciário, na efetivação desse direito fundamental, muitas vezes apresenta possíveis soluções para que o Estado cumpra com seu papel constitucional e para que o direito fundamental à saúde seja realmente efetivado e garantido, judicializando o direito à saúde e conseqüentemente trazendo um novo enclave social.

Não obstante, o objetivo deste é ponderar e reflexionar as causas, implicações e possíveis soluções concernentes ao assunto destacado, sobretudo de forma a questionar seus principais enfoques, que são hodiernos e essenciais, fomentando a discussão para um efetivo cumprimento.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

O acesso a serviços na área da saúde, tem status de direito fundamental, pois este implica também na qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

Notadamente, o direito a saúde está relacionado diretamente com um dos princípios basilares da constituição, da dignidade da pessoa humana, e o Brasil por ser um Estado Democrático de Direito, visa em seu artigo 3º CRFB/88, superar desigualdades sociais com o fim de realizar justiça social.

A sociedade brasileira necessita viver de forma digna e concomitantemente o Estado tem função primordial no cumprimento dos princípios constitucionais. Observando que, o direito à saúde integra o direito à vida, com o desígnio de proporcionar a cada cidadão o garantimos estatal dos princípios basilares.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A fundamentação constitucional a garantia do direito à saúde no Brasil, encontra-se no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, cujo rol, elenca os chamados direitos sociais de seguinte forma:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Neste sentido, de acordo com enunciado constitucional, o direito à saúde é um direito social, que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir sua efetividade, sob pena de tornar ineficaz o preceito constitucional. Reforça se tal entendimento, no artigo 196 da CRFB/88, afirmando que:

“[...] o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado”.

A Constituição brasileira, além de assegurar o direito à saúde no Brasil também prevê, no mesmo artigo constitucional mencionado acima, que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas e de forma universal e igualitária

Ainda, o reconhecido constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p.285-286) conceitua os direitos sociais como sendo:

“[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

O preceito é complementado pela Lei nº 8.080/90, em seu artigo 2º:

“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A saúde se tipifica como um bem jurídico indissociável do direito à vida, e o Estado tem o dever de tutelá-

la. De acordo com Teles (2004 p. 46) “são bens jurídicos a vida, a liberdade a propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade”.

4. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Com a edição da Lei n.º 8.080/90, em 1990, se regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS), que estabeleceu princípios e diretrizes para a saúde no país, com objetivo de alcançar o preceito constitucional advindo da Constituição Cidadã de 1988. Desta forma, foram definidas as diretrizes das esferas governamentais, pois trata – se de um sistema que pertence à rede pública de saúde e tem como finalidade prestar o acesso à saúde de forma gratuita a todos.

Observado todos os parâmetros jurídicos, notoriamente, a realidade fática do país nos mostra um outro cenário, em meio à recessão econômica e aos diversos problemas que o país vem enfrentando, a situação de efetivação deste direito fundamental tem se agravado, na medida em que há suspensão no fornecimento de medicamentos básicos, essenciais para tratamento diversos, fechamento de centros hospitalares, redução no número de leitos, procedimentos médicos sendo remarcados para datas longínquas, falta de profissionais suficiente para atendimento, condições precárias de higiene, falta de aparelhos para exames ou mesmo quebrados sem manutenção. Todas essas situações expõem os pacientes e colocam suas vidas em risco.

É importante ressaltar que as ações e serviços do SUS são norteados por princípios constitucionais, que devem ser respeitados para que ocorra de fato a materialização do direito à saúde. O art. 7º da lei n.º 8080/1990 estabelece os princípios e diretrizes da seguinte forma:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.

Embora haja previsão constitucional, lei específica, princípios basilares e com a edição da Lei n.º 8.080/90 que representa avanço e progresso no país em se tratando de saúde, observamos, que o direito à saúde atualmente, no estado democrático brasileiro tem sido violado todos os dias, pois o sistema é de efetiva integralidade e universalidade, o que não ocorre na medida em que

há comprovada decadência no sistema e falta de eficácia na concretude de atendimento oferecido.

Nesse diapasão questionamos, o direito à saúde é um direito fundamental, uma garantia constitucional ou apenas uma expectativa de direito?

Direitos fundamentais para Alexandrino e Paulo (2016 pp. 95 e 96) “são direitos que vigoram em uma determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada estado estabelece. E garantias constitucionais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumento de proteção dos direitos fundamentais”.

Sendo assim, entende – se que conforme os conceitos acima delineados e o preceito do o art. 5º, §1º da Constituição Cidadã, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais não estão desconexos e apresentam aplicação imediata, de maneira que não se admite qualquer aplicação simplista ou reducionista do direito fundamental.

No artigo 35 da Lei nº 8.080/90, há um conjunto de critérios que devem ser avaliados quando da distribuição e repasse dos recursos públicos destinados à saúde A Lei Orgânica da Saúde, estabelece as fontes de financiamento, os percentuais a serem gastos em saúde, combinação de critérios, a forma de divisão e repasse dos recursos financeiros entre os entes federativos.

Diante de todo exposto, questiona - se o porquê de estarmos vivenciando o direito à saúde como mera expectativa. A saúde, atualmente, se tornou uma mercadoria, como se fosse um produto a se comercializar entre aqueles que apresentam condições financeiras para financiá-la, o que não é o porte econômico apresentado por grande parte da população brasileira, que depende de forma única e exclusiva do SUS, vitimados pela omissão e negligência do estado, o qual deveria tutela-la.

Indubitavelmente, a questão central para que o direito à saúde, no país, seja efetivado, se deve, a fatores exógenos, que diante do ciclo vicioso, evidencia - se a forma de uso e desvios dos recursos públicos destinados a esta área, que se inicia no estado perpassando pelos gestores públicos e profissionais da área prejudicando o real objetivo do direito, lesionando aquele que deveria receber tutela do estado, o cidadão!

5. PANORAMA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A prestação de serviço de saúde pública no Brasil enfrenta situação de caos. Esta realidade é facilmente constatada em uma simples visita a um hospital público em qualquer região do país. Hospitais lotados, falta de médicos, falta de medicamentos, ambiente hospitalar impróprio, falta de investimentos, pessoas sendo atendidas no chão entre outros fatores, são visíveis para decadência do sistema, que originou essa situação calamitosa.

As pessoas adoecem frequentemente por razões que estão vinculadas a promoção da boa saúde. Não há programa efetivo de prevenção de doenças, ainda a falta de saneamento básico, o acesso não existente a água potável de boa qualidade, ambiente inadequado, a incorreta destinação de lixo e a falta de sua coleta, controle de roedores e insetos, são práticas que colaboram substancialmente para o adoecimento da população.

As verbas destinadas à saúde para sua prevenção têm sido inexistentes e para o sistema público de saúde têm sido insuficientes, aliado ao desvio e corrupção, destes recursos que seriam destinados para este setor, resultado de uma gestão sem qualidade e irresponsável, trazendo prejuízos a população de todas as órbitas, que enfrenta as consequências deste quadro na condição de população usuária, que necessita de atendimento público.

6. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Diante da precariedade do sistema público de saúde, originou – se um outro enclave, o surgimento da judicialização da saúde. O caráter imediato da regra do preceito fundamental, ultimamente tem sido complementado pelas decisões judiciais, afim de que o Poder Público não viole o direito fundamental, garantindo não só as expectativas de quem demanda, mas também realizando um direito essencial para toda coletividade.

O Estado na sua atribuição assistencial para com a saúde, conforme preconiza a Constituição Cidadã, quando fornece assistência de forma insatisfatória e ineficaz, abre uma lacuna para que um cidadão que se sinta prejudicado, acesse o Poder Judiciário, utilizando – se de instrumentos jurídicos legítimos a compelir o Estado à prestação adequada do serviço.

Não obstante, este fenômeno se reveste como solução para sanar as omissões e negligências do dever do estado e assim tem crescido significativamente a quantidade de demandas por natureza diversas nesta área, mas principalmente para obter medicamentos, cirurgias ou tratamentos dispendiosos.

O Jornal Folha de São Paulo, publicou uma matéria em 28 de setembro de 2016 aponta que o governo se mostra preocupado. O número de decisões judiciais que obrigam a União a garantir a distribuição de remédios aumentou bastante, devido estas ações, o Ministério da Saúde gastou bilhões de reais. Que do ano de 2010 a 2016 houve um crescimento de 1.233 %.

Vejamos uma manifestação judicial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em se tratando de situações relacionadas a saúde como já citado acima:

“E M E N T A - CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BETA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 189). PRECEDENTES DO STJ E STF. 1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. 3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. 4. Recurso ordinário conhecido e provido”. (STJ, ROMS 11129/PR, Reg. 199900781210, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins,). Encontrado em: 138/52) STF - AGRRE 271286-RS OBRIGATORIEDADE, ESTADO, FORNECIMENTO, MEDICAMENTO, PACIENTE.

Cidadãos ajuízam ações desta natureza devido à precariedade com a qual é prestado o serviço pelo estado e por serem titulares desse direito, uma vez que já houve a constitucionalização dos direitos sociais, se tratando de um direito fundamental, desta forma é a fundamentação das ações.

Consequentemente, este fenômeno traz uma movimentação ao Poder Judiciário que certamente viabiliza este acesso ao direito saúde, e cria assim, um impacto aos gastos governamentais, ameaçando políticas públicas referente a saúde. O assunto é complexo e delicado. O próprio Supremo Tribunal Federal STF tem posições divergentes em se tratando de demandas desta natureza, por ter que viabilizar o acesso a cidadãos necessitados, sem causar um impacto aos estados de forma que inviabilize o atendimento da coletividade em detrimento de outrem.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais foram constitucionalizados na CRFB em 1988, dentre eles o direito a saúde que tem status de direito fundamental. De um outro viés, esta mesma constituição que assegura o direito à saúde de forma universal, gratuita, integral, igualitária, elege ao Estado o dever de assegurar a todos os cidadãos este direito como garantia de vida.

É imperioso ao Estado representado por seus entes federativos cumprir sua função constitucional de garantir o acesso ao direito à saúde sem fazer qualquer distinção, promovendo os objetivos fundamentais da República federativa do Brasil, apresentados no Artigo 3º da CRFB/88, construindo uma sociedade mais justa, solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, reduzindo desigualdades sociais, promovendo bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, da mesma forma garantido o que preceitua Declarações, Pactos e Tratados Internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil, construindo um país mais democrático.

Os desafios vivenciados no país atualmente não podem ser obstáculos para essa prestação de serviço indispensável a toda coletividade. A tutela constitucional conferida a este direito não pode ser violada. Se o estado promove políticas públicas eficazes na organização na política de distribuição dos recursos públicos para a área da saúde, não seria necessário envolver o Poder Judiciário para compelir o Estado a cumprir a obrigação constitucional.

Redirecionar as prioridades dos orçamentos governamentais, dando correta destinação dos recursos públicos para esta área; Compromisso dos entes federativos envolvidos; proporcionar uma melhoria na qualidade de vida da população. Difundir conhecimentos a cerca de saúde preventiva. Fortalecer o Sistema Único de Saúde (SUS), e democratizar o acesso ao direito à saúde são orientações que certamente realizadas nas situações fática do cotidiano asseguraria uma melhor prestação deste serviço indispensável.

Indubitavelmente, na realidade contemporânea, faz-se necessário, estabelecer parâmetros de mudanças, para que este direito não seja mera expectativa. É imprescindível harmonizar a garantia do direito à saúde de forma universal, igualitária e gratuita com o princípio constitucional da Dignidade da pessoa humana.

O cidadão deve lutar para ter a materialização desta tutela constitucional que visa proteger o direito à saúde, para que não seja na realidade apenas uma expectativa e ultrapasse as linhas da Constituição e legislação, uma vez que diante da ineficácia, impotência e omissão dos entes federativos, a situação fática na área de saúde pública se agrava a cada dia, por diversos motivos, quais sejam: falta de recursos, medicamentos, aparelhos, profissionais entre outros.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15 ed.rev.e atual- Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método 2016.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24ª Edição. São Paulo. Editora Método 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 02.dez.2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 02. dez.2016.

BRASIL. **Ministério da saúde. ABC do SUS: Doutrinas e Princípios. Brasília: Secretária Nacional de Assistência à Saúde**, 1990. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/biblioteca> .> Acesso em: 30.jan.2017.

DALLARI, Sueli. **Direito à saúde**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm> Acesso em 14.nov.2016

DANTAS, Humberto. **Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?** São Paulo: Paulus, 2006.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 30.jan.2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Financiamento do Sistema de Saúde. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>. Acesso em: 03.fev.2017

_____ **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml>. Acesso em: 03.fev.2017

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 11.nov.2016.

_____ **Jurisprudência. Direito Constitucional. Direito à saúde. Fornecimento de medicação**. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO+DE+MEDICA%C3%87%C3%83O+\(INTERFERON+BETA\)](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO+DE+MEDICA%C3%87%C3%83O+(INTERFERON+BETA)). Acesso

em: 27.mai.2017

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007. p. 757.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14^a Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 17.nov.2016.

SCHEINBERG, Morton. **Judicialização da saúde, um mal necessário**. Artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 22 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.trela.com.br/arquivo/judicializacao-da-saude-um-mal-necessario>. Acesso em 17.nov.2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. V. 4. São Paulo: Atual, 2004.

REGISTRO DE NASCIMENTO E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Raimunda Irlanda Cabral Santos Rezende¹⁶⁷

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o Registro de Nascimento como um Direito Fundamental da pessoa humana. Analisando seus aspectos constitucionais, assim como suas características. Mostrar que o sub-registro é um problema que precisa de uma solução definitiva, para o exercício da cidadania.

Palavras-chave: Registro; Nascimento; Constituição; Federal; Sub-Registro.

167 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2000) , especializações em Direito Civil / Processual Civil (2003), em Gestão Pública (2013) e em Direito Notarial e Registral (2017). Mestranda em ciencias Criminológico-Forense na Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales-UCES e concluiu os cursos intensivos para Doutorado em Direito Penal na Universidade de Buenos Aires-UBA. Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Tem experiência profissional na área de Direito Civil e Penal

1. INTRODUÇÃO

A finalidade desse trabalho é verificar o grau de importância do registro de nascimento dentro da sociedade; mostrar que deve ser considerado um direito fundamental de todo ser humano, sem o qual não se pode exercer a cidadania.

A escolha do tema foi feita pela relevância social e jurídica do registro de nascimento. Sendo o primeiro ato formal a documentar, tendo o nascimento cadastrado, com todas as informações necessárias no cartório de registro civil de pessoas naturais. É fundamental para que o indivíduo seja reconhecido como cidadão.

Para Nalini (1998):

Enquanto o registro não foi lavrado, o fato de que se origina pode existir, mas não há segurança jurídica em sua existência. A partir da lavratura, existe uma certeza de que o ato existe e que do assento se poderá extrair a consequência prevista na lei que o reclamou.¹⁶⁸

A ausência de registro de nascimento em cartório é chamada de sub-registro, e tem gerado preocupação nos aplicadores de políticas públicas. Existe uma preocupação cada vez maior por parte do Estado quanto à extinção do sub-registro no Brasil, basicamente sob os seguintes aspectos: quanto à própria pessoa que necessita do registro para exercício de direitos mínimos e quanto ao próprio Estado que depende de informações para implementar e aprimorar políticas públicas. No Brasil ainda existe um número considerado elevado de crianças e adultos que não possuem registro.

Ressalta-se o registro civil de nascimento como direito humano fundamental ao exercício da cidadania, em um estudo conjunto com os fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana, em razão de conferir identidade à pessoa natural.

Conforme Alexandre de Moraes (2005):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹⁶⁹.

Diante disso, como podemos fazer cumprir a Constituição Federal para erradicar definitivamente o sub-registro? .

A modalidade de pesquisa que foi utilizada quanto ao objeto é a pesquisa descritiva e quanto a fonte de informação foi a pesquisa bibliográfica e dados estatísticos extraídos de órgãos oficiais do governo.

Assim, procurou-se desenvolver um trabalho que demonstre a importância e o valor do registro civil de nascimento, com seus pormenores quanto aos requisitos e procedimentos, bem como a apresentação da situação atual de sub-registros e suas causas, ressaltando as medidas tomadas pelo poder público no sentido de zerar tais índices e propiciar o acesso da população à cidadania plena.

168 NALINI, José Renato. Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania. Cit. p. 42.

169 Direito Constitucional, p.16.

2 . CONCEITO DE REGISTRO DE NASCIMENTO

O Registro Civil de Nascimento é a formalização jurídica de um fato perante o cartório de Registro das Pessoas Naturais competentes, sendo pela Certidão de Nascimento a sua materialização para o público. O conhecimento e identificação do cidadão pelo Estado ocorre através dele.

Estatui o artigo 52 da Lei 6.015/73, devem declarar o nascimento:

- 1º) o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, observado o disposto no § 2º do art. 54;
- 2º) no caso de falta ou de impedimento de um dos indicados no item 1º, outro indicado, que terá o prazo para declaração prorrogado por 45 (quarenta e cinco) dias;
- 3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente;
- 4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;
- 5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe; (BRASIL, 1973).
- 6º) finalmente as pessoas (VETADO) encarregadas da guarda do menor (Redação dada pela Lei 6.216 de 1975).

§1º Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência, ou exigir a atestação do médico ou parteira que tiver assistido o parto, ou o testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido;

§2º Tratando-se de registro fora do prazo legal o oficial, em caso de dúvida, poderá requerer ao juiz as providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato¹⁷⁰.

O nome traz consigo os reflexos no aspecto moral e nos atributos da pessoa. Assim, a pessoa tem no nome seu depositário de sua imagem pública, pois este carrega consigo as impressões da sociedade sobre o seu portador.

Segundo Pablo Stolze (2004):

“O nome da pessoa natural é o sinal exterior mais visível de sua individualidade, sendo através dele que a identificamos no seu âmbito familiar e no meio social¹⁷¹”.

3 . PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE REGISTRAL

Os principais princípios da atividade registral são: Tipicidade, Instância, Fé Pública, Facultatividade, Autoria e Responsabilidade, Controle da Legalidade, Independência e Imparcialidade, Conservação, Dever de Exercício e Forma de Ser.

A Tipicidade se dar quanto aos negócios e atos estão prenunciados no Direito Material podendo ser objeto de catalogação registral. Assim, a tipicidade fechada é aquela que o registro está submetido. Mesmo assim, A Lei 6.015/73 não acaba com todas as hipóteses registráveis, tendo em vista que a legislação pode prevê novas situações que podem ser levadas a registro.

Porém, as anotações e averbações encontram-se na lei de Registros Público em um rol exemplificativo, não se submetendo a quaisquer tipificações.

170 [Http// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 15 de setembro de 2016

171 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. P.117

Segundo o Princípio da Instância é proibido ao registrador praticar, de ofício atos registrais, devendo manter-se inerte. Só agindo por provocação, salvo se a lei imponha a prática do ato.

A fé pública é atribuída constitucionalmente ao Registrador que atua como representante do Estado na sua atividade profissional. Esse princípio atribui certeza e verdade dos assentamentos que o registrador pratique e das certidões que expeçam.

O Princípio da Facultatividade, conhecido também como princípio da voluntariedade, estabelece que os registros públicos não possuem caráter obrigatório, ainda que a legislação se utilize deste vocábulo em alguns casos. No entanto, é bom frisar que o registro pode se apresentar indispensável para obtenção de certos direitos ou formalização de situações fáticas. Através do conceito do princípio da facultatividade há uma superação do momento em que a pessoa que não registrou no tempo legal era obrigada a pagamento de multa.

Pelo princípio da Autoria e Responsabilidade, o registrador é responsabilizado por todos os assentamentos realizados, sendo essa responsabilidade adstrita a garantir a existência de uma correspondência entre o assentado e o que foi declarado pelas partes.

O Princípio da Legalidade estabelece que o dever do registrador observar e adequar à legislação pátria o ato levado a registro. Com relação ao Registro Civil deve se observar ainda mais a legislação referente ao tema, inclusive ao se levar em consideração a definitividade estabelecida pelo artigo 58 da Lei de Registros Públicos. O registrador deve evitar de levar a registro nomes que possam constranger ou expor ao ridículo o seu portador.

A Legalidade exige que no momento do registro seja examinado os requisitos legais para a elaboração do ato registral. Assim, deve o Registrador analisar a viabilidade ou não de todo assentamento que possa ir de encontro a lei. Caso o assentamento lhe pareça ser contrário ao ordenamento jurídico vigente, deve submetê-lo ao juízo competente por meio do procedimento de dúvida.

Legalidade significa, portanto, o dever de observância das normas orientadoras dos Registros Público, ou seja, os atos registrares estão vinculados, de forma quase que absoluta, às normas legais, havendo pouco espaço para a discricionariedade nesta atividade.

A Imparcialidade e Independência é dever do registrador de tratar os interessados de forma igualitária, observando sempre o que determina a lei de Registro Públicos, que deve sempre prevalecer sobre qualquer tipo de relação pessoal que possa existir entre o registrador e o interessado em promover o registro.

O Princípio da Conservação estabelece o dever do registrador de preservar os livros e papéis sob sua responsabilidade. Podendo ser responsabilizado caso não conserve os livros e papéis que estiverem sob sua guarda. Os atos jurídicos têm sua segurança, cuja a lei impõe forma prescrita em lei, dicção do artigo 104 do Código Civil em vigor, tem sua oponibilidade atrelada ao assentamento cartorário.

O Princípio do Dever de Exercício, estabelece que o registrador não pode se furtar a prática dos atos que lhe competem, sobretudo daqueles que possuem caráter jurídico necessário. Assim, por ser de caráter obrigatório, a recusa imotivada à prática de seus atos de ofício pode acarretar ao Registrador responsabilização administrativa e civil.

Também se faz necessário falar do Princípio da Forma de Ser também conhecido como *forma dat esse rei*, estabelece que todo ato jurídico deve obedecer a uma forma preestabelecida de exteriorização para que seja conhecido e possa produzir efeitos. Sendo assim, quando a lei estabelece uma forma específica para a feitura do ato, especialmente os solenes, esta deve ser observada.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E O REGISTRO DE NASCIMENTO

No art. 1º da Constituição Federal de 1988 tem seus fundamentos indicados, destacando-se, entre eles, a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

A pessoa que se encontre no gozo de direitos pode participar da vida política, inclusive o direito de votar e ser votado, fazendo parte desta forma do destino da nação, seja de forma direta ou indireta, essa ideia está relacionada com o fundamento constitucional da cidadania.

É com o Registro de Nascimento que a pessoa passa a ser cidadã e a existir para o mundo jurídico. O Direito a existência está relacionada diretamente com o Direito ao Registro. É a partir do Registro que a pessoa tem acessibilidade aos benefícios sociais e poderá fazer valer seus Direitos Universais. O Registro de Nascimento é o início da vida do homem como cidadão.

Segundo Jäder Pessoa (2006):

(...) é o documento básico por meio do qual todos os outros são obtidos, permitindo a pessoa votar e ser votada, trabalhar com carteira de trabalho assinada, viajar, ser beneficiária de programas assistenciais do governo, enfim, é um documento necessário à participação na vida moderna e a plena realização da pessoa humana atualmente¹⁷².

O fundamento da dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional mais importante quando se fala em garantia e proteção de direitos fundamentais. Estando relacionado a ideia de respeito.

O registro de nascimento é um importante passo para o acesso a direitos fundamentais por parte dos cidadãos. A ausência implica na inexistência do indivíduo para o Estado e, conseqüentemente, não lhes são assegurados direitos básicos, como educação, saúde, percepção de benefícios assistenciais e previdenciários, justiça e demais benefícios sociais.

Segundo Edilson Pereira de Farias (1996):

“Os direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental”¹⁷³.

Assim define Alexandre de Moraes os direitos fundamentais (2013):

“O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.”¹⁷⁴

A pessoa que não tem Registro de Nascimento, tem violado seus direitos e suas garantias. A pessoa que não possui registro civil de nascimento pode, eventualmente, ocorrer no seu íntimo um sentimento de exclusão social, um sentimento de inferioridade social.

172 PESSOA, Jäder Lúcio de Lima. Registro Civil de Nascimento: direito fundamental e pressuposto para o exercício da cidadania. Brasil, 1988-2006. Campos dos Goytacazes, 2006. Dissertação (Curso de pós-graduação – Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos

173 Colisão de Direitos, p. 54 – 55.

174 Direitos humanos fundamentais, p.39.

5 . CARACTERÍSTICAS DO REGISTRO DE NASCIMENTO

O Registro de Nascimento é regulamentado pela Lei 6.015/73 em seu art. 50:

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório. (Redação dada pela Lei nº 9.053, de 1995)

§ 1º Quando for diverso o lugar da residência dos pais, observar-se-á a ordem contida nos itens 1º e 2º do art. 52. (Incluído pela Lei nº 9.053, de 1995)

§ 2º Os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios. (Renumerado do § 1º, pela Lei nº 9.053, de 1995)

§ 3º Os menores de vinte e um (21) anos e maiores de dezoito (18) anos poderão, pessoalmente e isentos de multa, requerer o registro de seu nascimento. (Renumerado do § 2º, pela Lei nº 9.053, de 1995)

§ 4º É facultado aos nascidos anteriormente à obrigatoriedade do registro civil requerer, isentos de multa, a inscrição de seu nascimento. (Renumerado do § 3º, pela Lei nº 9.053, de 1995)

§ 5º Aos brasileiros nascidos no estrangeiro se aplicará o disposto neste artigo, ressalvadas as prescrições legais relativas aos consulados.¹⁷⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o reconhecimento da cidadania como direito fundamental aos meninos e meninas, que terão garantidos também outros direitos fundamentais como por exemplo a nacionalidade, o nome, e também o vínculo familiar.

O art. 51 da Lei de Registros Públicos estabelece uma regra excepcional no que tange ao registro de nascimento: “os nascimentos ocorridos a bordo, quando não registrados nos termos do artigo 65, deverão ser declarados dentro de cinco dias, a contar da chegada do navio ou aeronave ao local do destino, no respectivo cartório ou consulado. ”

Frise-se, que o simples fato de o nascimento haver sido assentado no consulado, não é determinante para a aquisição da nacionalidade brasileira; para que se possa ser considerado brasileiro nato, mesmo nascido fora do Brasil é necessário inferir se o pai ou a mãe estavam a serviço público. Caso contrário, ou seja, se não estavam, esse filho terá a prerrogativa de opção pela nacionalidade brasileira como natos, condicionada à fixação de residência no país.

6. SUB-REGISTRO

A falta de registro em cartório é chamada de sub-registro. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística define como o conjunto de nascimentos não registrados no próprio ano de ocorrência ou até o fim do primeiro trimestre do ano subsequente¹⁷⁶.

175 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm. Acesso em: 19 de setembro de 2016

176 Http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/população/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf. Acesso em: 18 de setembro de 2016

Os percentuais de sub-registro resultam da razão entre o número de nascidos vivos informados pelos Cartórios ao IBGE e o número de nascimento estimados para uma população residente em determinado espaço geográfico, em um ano considerado.

Conforme a indicação da Comissão Judiciária para a Erradicação do Sub-Registro de Nascimento e para a Promoção do Reconhecimento Voluntário de Paternidade e à Adoção Unilateral, órgão do Poder Judiciário do Rio de Janeiro, “a desigualdade socioeconômica do país é hoje a principal causa do sub-registro civil, dentre outras apontadas pelo IBGE”, como:

- Distâncias dos cartórios;
- Desconhecimento da importância do registro;
- Custo de deslocamento;
- Ausência de cartórios em alguns municípios;
- Dificuldades de implementação de políticas de fundos compensatórios para os atos gratuitos do registro civil;
- Longo período de negligência por parte do Estado, que não desenvolvia políticas públicas de incentivo e propagação do registro de nascimento;
- Mães que adiam o registro de filhos que não têm o reconhecimento inicial ou espontâneo da paternidade.

Com a lei 9.534, de 10 de dezembro de 1997, o registro de nascimento passou a ser gratuito.

O STF declarou a constitucionalidade da gratuidade do Registro de Nascimento:

EMENTA: Constitucional. Argüida a inconstitucionalidade de arts. Da Lei 9.534/97. Registros Públicos. Gratuidade pelo registro civil de nascimento, assento de óbito, pela primeira certidão desses atos e por todas as certidões aos “reconhecidamente pobres”. Não há plausibilidade do direito alegado. Os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com o seu exercício e são gratuitos na forma de Lei – Art. 5º, LXXVII. Portanto, não há direito constitucional à percepção de emolumentos por todos os atos que delegado do Poder Público pratica; Não há obrigação constitucional do Estado de instituir emolumentos para todos esses serviços; os serventuários têm direito de perceber, de forma integral, a totalidade dos emolumentos relativos aos serviços para os quais tenham sido fixados. Ação conhecida. Liminar Indeferida¹⁷⁷.

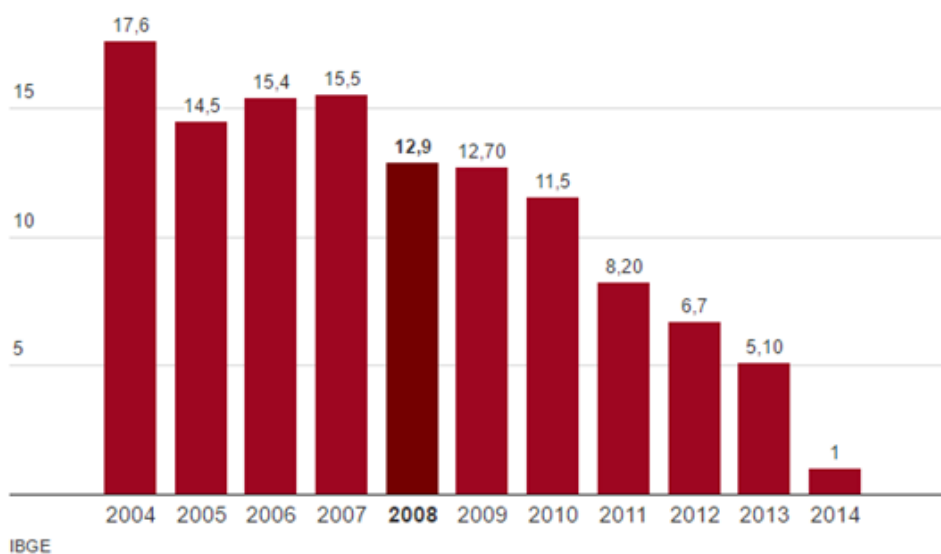
Impedir uma pessoa a ter acesso ao Registro de Nascimento por não ter condições de pagar, seria obrigar essa pessoa a não exercer sua cidadania. O Registro de Nascimento gratuito é forma de exercício de cidadania.

A parcela da população abarcada pela falta de registro é mesclada, ainda, por aquele que vive em abrigos públicos, pessoa de rua, com problema mental, além das pessoas que ao migrarem da sua região, chegam

177 <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> . Acesso em 12 de outubro de 2016.

a região de destino com falta de documentação e não conseguem fazer o registro de nascimento dos seus filhos. Existe casos de mulheres que não registram os filhos em razão de esperarem o reconhecimento paterno, e terminam por não registrar e nem procurar as vias judiciais para obter esse reconhecimento. A falta de informação ainda é uma das causas do sub-registro. Se faz necessário que a informação sobre a importância do Registro de Nascimento chegue a todos, indistintamente.

O sub-registro tem que deixar de existir por completo, pois se existir um único caso de sub-registro no país é um problema a ser resolvido. Segundo gráfico do IBGE, o sub-registro no Brasil vem caindo, mas ainda permanece alta nas regiões norte e nordeste¹⁷⁸.



O STJ no julgamento do Recurso Especial 715989 deixa claro que é possível o registro de nascimento tardio, mesmo de pessoa já falecida:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E REGISTRO PÚBLICO. DISPOSITIVO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282 DO STF. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RECONHECIMENTO DE NACIONALIDADE. REGISTRO CIVIL TARDIO DE NASCIMENTO. ARTS. 9º, I, DO CÓDIGO CIVIL E 50 E 53 DA LEI N. 6.015 /73. POSSIBILIDADE JURÍDICA. LUGAR DA DECLARAÇÃO. RESIDÊNCIA DO INTERESSADO. ART. 46 DA LRP (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.790 /08). 1. É inviável o conhecimento do recurso especial em relação a dispositivo que não tenha sido objeto de prequestionamento (Súmula n. 282/STF). 2. O pedido de registro civil tardio de nascimento de avô materno, pessoa já falecida, atestado por declaração de batismo, certidão de óbito, como também por certidões de inexistência do registro emitidas por cartórios, revela-se juridicamente possível por ostentar a evidente necessidade de plena regularização de tal assento público e buscar a superação do sub-registro, prática usual em décadas passadas e que, atualmente, está a merecer a repulsa de toda a sociedade.

178 <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1712856-sub-registro-de-bebes-cai-para-1-mas-continua-alto-no-norte-e-nordeste.shtml>. Acesso em: 19 de setembro de 2016.



3. Mesmo envolvendo o objetivo mediato de confirmar a descendência de cidadãos originários da Itália, denota-se que a pretensão tem como principal escopo a emissão do registro público de nascimento de ascendente, por se tratar de documento unicamente capaz de atender as exigências das autoridades daquele país, para permitir a parte autora dar início ao processo de reconhecimento de sua nacionalidade, cidadania italiana. 4. O registro civil de nascimento após o decurso do prazo legal, ainda que de pessoa falecida, com base em dados comprobatórios hábeis a tal mister, não encontra vedação na Lei de Registro Públicos nem fere o ordenamento jurídico pátrio, pois, além de não acarretar nenhum prejuízo a terceiros, encontra abrigo na obrigatoriedade do registro prevista nos art. 9º, I, do atual Código Civil c/c arts. 50 e 53 da Lei n. 6.015 /73 5. Deter-se o julgador a uma codificação generalista, padronizada, implica retirar-lhe a possibilidade de dirimir...¹⁷⁹

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O registro civil de nascimento é um direito humano fundamental e não há como pensar em respeito a esse direito sem que o Estado tome providências no sentido de assegurá-lo, garantindo desta forma o que se convencionou chamar de padrão mínimo de dignidade humana. A ausência do registro torna impossível inserir a pessoa na sociedade; sendo inviável o exercício pleno da cidadania.

Para as necessidades básicas do homem moderno serem supridas e uma efetiva participação numa justa distribuição de serviços oferecidos pelo Estado, se faz necessário o ponta pé inicial na vida da pessoa, que é o Registro de Nascimento. O sub-registro é a demonstração que se faz necessário percorrer um caminho para se obter uma sociedade igualitária.

A plena cidadania é um ideal que se deve buscar com a erradicação total do sub-registro no Brasil, fazendo cumprir a Constituição Federal. Com políticas públicas eficientes é possível.

179 <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5916006/recurso-especial-resp-715989-ms-2005-0007497-5-stj>



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo, A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**, editora Fórum, 2.^a reimpressão, Belo Horizonte, 2013.

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri, KRAMER, Sonia. **Infância, Educação e Direitos humanos**. São Paulo: Editora Cortez, 2003.

BOAS, Bruno Villas. **Sub-registro de bebês cai para 1%, mas continua alto no Norte e Nordeste**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1712856-sub-registro-de-bebes-cai-para-1-mas-continua-alto-no-norte-e-nordeste.shtml> Acesso em: 19 de setembro de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIP, Ricardo, JACOMINO, Sérgio. **Registros Públicos e Legislação Correlata**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO – Sub-Registro Civil. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/projetos-especiais/sub-registro-civil> Acesso em 18 de setembro de 2016.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, 9^o ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

IBGE - Estatísticas do Registro Civil 2007. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/> Acesso em: 18 de setembro de 2016.

LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 6^a ed., Goiânia: Método, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral** - 10^a ed. São Paulo: Atlas,

2013.

NALINI, José Renato. **Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania**. In: DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). Registros Públicos e Segurança Jurídica. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

OLIVEIRA, Elival da Silva. **Direito Humanos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

PEDROSO, Regina, LAMANAUSKAS, Milton Fernando. **Direito Notarial e Registral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PESSOA, Jäder Lúcio de Lima. **Registro Civil de Nascimento: direito fundamental e pressuposto para o exercício da cidadania**. Brasil, 1988-2006. Campos dos Goytacazes, 2006. Dissertação (Curso de pós-graduação – Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 715989 MS 2005/0007497-5. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5916006/recurso-especial-resp-715989-ms-2005-0007497-5-stj>. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana, reflexões a partir da filosofia de Kant**, Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REFLEXÕES SOBRE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR ALTERNATIVAS PENAIS EM CRIME AMBIENTAL E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA COMARCA DE MACAPÁ-AP

*Rosália dos Santos Ribeiro*¹⁸⁰

RESUMO

Este artigo tem como objeto delimitado uma análise do mecanismo de substituição da pena privativa de liberdade por alternativas penais nos crimes ambientais, considerados de menor potencial lesivo pela Lei dos Crimes Ambientais e a sua aplicabilidade pela Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Macapá – VEPMA, na modalidade de pesquisa empírica-social. A princípio faz-se uma reflexão sobre a substituição da pena privativa de liberdade por alternativas penais em crime ambiental e a sua fundamentação legal e prossegue-se apontando a origem das medidas não privativas de liberdade instituídas pelas Regras de Tóquio, o surgimento e evolução no Brasil, a aplicabilidade em crimes ambientais de menor potencial lesivo, bem como vantagens e desvantagens detectadas. Por fim, reflete sobre a aplicação da norma em crime ambiental de menor potencial lesivo na Comarca de Macapá-AP a partir de observações feitas no período compreendido entre 2011 e 2013. Utilizou-se uma metodologia composta de pesquisa bibliográfica qualitativa e quantitativa, com técnicas de levantamento documental e virtual no sistema próprio de informação da VEPMA (TCJ/VEPMA), observação “in loco” e aplicação de enquetes.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade – Alternativas penais – Crime ambiental – Crime de menor potencial lesivo – Fundamentação legal.

180 Especialista em Direito Ambiental pelo Centro de Ensino Superior do Amapá. Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidad Del Museo Social Argentino de Buenos Aires/AR e Pós-Doutoranda em Direito pela mesma universidade de Buenos Aires. Endereço eletrônico: rosalia.santos@tjap.jus.br

1. INTRODUÇÃO

O tema procura analisar a questão da substituição da pena privativa de liberdade por alternativas penais nos crimes ambientais de menor potencial lesivo e o seu processamento na Comarca de Macapá desde a instalação da Vara de Execução de Penas e Alternativas no ano de 2009.

Laborando nesse cenário da execução de alternativas penais desde 2011, foi possível inferir, através de dados das Varas de Execução dos Estados da região norte da Amazônia (Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins), que a aplicação das penas e medidas alternativas não obedece aos preceitos do artigo 9º da Lei 9.605/98. Observou-se que os beneficiários prestavam a medida em escolas públicas, hospitais, postos de saúde, entre outros. E ainda, que além de não existirem estatísticas consolidadas sobre o cumprimento de penas e medidas alternativas por Estado da região norte da Amazônia, os crimes ambientais de menor potencial lesivo tem incidência menor que os demais crimes (furto, trânsito, lesão corporal, violência doméstica, etc).

Esses relatórios despertaram o interesse em pesquisar essas variáveis na Comarca de Macapá, tomando-se por base os Estados do Acre, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins, pelos costumes similares vivenciados pelos povos dessas regiões e pelas características geográficas que se traduzem na biodiversidade com abundantes áreas verdes, rios, e, especialmente a selva amazônica.

Isso levou ao levantamento das seguintes hipóteses: o caráter das penas e medidas alternativas é dotado de conteúdo conscientizador; logo, esse efeito não pode ser suscitado de maneira eficaz no infrator da norma ambiental que a cumpre em local diverso daquele previsto. As penas previstas pela norma legal são dotadas de conteúdo temerário capaz de inibir a prática reiterada da conduta lesiva ao meio ambiente.

A substituição da pena tem sido uma solução recorrente aplicada pelo judiciário brasileiro através das Varas ou Centrais de Execução de Penas e Medidas Alternativas, como resposta à política do não encarceramento em razão da superlotação carcerária e dos altos custos de manutenção do sistema carcerário.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVI, prevê exemplificativamente, algumas formas de pena, quais sejam: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 32, estabelece as seguintes categorias de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

O crime ambiental de menor potencial ofensivo, por seu turno, enquadra-se na definição contida no artigo 61 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Logo, os crimes ambientais de menor potencial lesivo, são aqueles em que a pena máxima em abstrato não é superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

É importante frisar que essa definição trazida pela Lei dos Juizados Especiais Criminais de 1995 deu-se em função de política criminal, objetivando desafogar as penitenciárias de indivíduos que cometem crime e coadunando-se, posteriormente, com o crime ambiental regulamentado em 1998, que impõe muito mais uma reeducação do indivíduo com relação ao meio ambiente do que a reprimenda segregadora em um ambiente pernicioso como o das prisões.

Com a criação da lei popularmente batizada de Lei das Penas Alternativas (9.714/98), que alterou o Código Penal, houve a elevação do limite da substituição para as penas não superiores a quatro anos. Verifica-se que a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais ou Lei da Natureza) ampliou o alcance da

norma penal mínima, estendendo a substituição da pena aos crimes em que a privação da liberdade fosse inferior a 4 (quatro) anos, conforme dicção do artigo 7º, inciso I.

A maioria dos crimes ambientais é classificada como de menor potencial lesivo e são passíveis de transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 c/c o artigo 27 da lei ambiental). Note-se que foi adotado o termo “menor potencial lesivo” em substituição ao conceito trazido pela Lei da Natureza, que referencia os crimes ambientais como “crimes de menor potencial ofensivo” (artigo 28), exatamente porque não só ofendem o bem jurídico, mas efetivamente o lesionam, pois a reparação é de difícil execução e, em sendo reparado, jamais voltará ao seu status quo ante.

Com sustentáculo nessa interpretação, elaborou-se o seguinte conceito: o crime ambiental de menor potencial lesivo pode ser definido como um fato típico e antijurídico praticado contra o meio ambiente, que venha a causar lesão passível ou não de reparação, tendo como reprimendas as alternativas penais na maioria dos casos previstos.

Verifica-se que, com o nascimento da Lei dos Crimes Ambientais, passaram a conviver dois diplomas legais a serem aplicados à penalização pelo cometimento de crime ambiental de menor potencial lesivo, posto que a Lei da Natureza, em seu artigo 27, reporta-se às disposições do artigo 76 e o artigo 28 reporta-se às disposições do artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais, conforme será visto adiante. Isso ocorre porque a lei dos Juizados Criminais serve de parâmetro quando se refere à aplicação de técnicas de apuração criminal para crimes de menor potencial ofensivo.

2. DAS PENAS

Buscar alternativas para a restrição à liberdade é uma preocupação de muitos estudiosos do Direito Penal como Fragoso (1980, p. 15) que afirma: “a prisão é um trágico equívoco histórico e que só se justifica quando não houver, no momento, outra solução menos degradante”.

No diploma ambiental, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade (artigo 7º da Lei 9.605/98), sendo definidas conforme a pessoa que se destina, física ou jurídica. São aplicadas de forma isolada, cumulativa ou alternativamente tanto a pessoa física quanto à pessoa jurídica, cuja imposição consta da parte especial da lei 9.605/98, momento em que cada crime é tratado especificamente.

2.1 DOS CRITÉRIOS: OBJETIVOS E SUBJETIVOS

No inciso I do artigo 7º da Lei 9.605/98, o legislador condiciona a substituição a dois critérios objetivos: quando tratar-se de crime culposo ou quando for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos. Logo, como a maioria dos delitos enquadra-se nessa definição, somente aqueles previstos nos artigos 35, 40 e 54 (parágrafos 2º e 3º) não serão passíveis de substituição. Isso revela a opção do legislador pelo não encarceramento, enfatizando o caráter educacional da pena, eis que a sua intenção é educar o infrator, sem olvidar da relevância do bem jurídico tutelado.

Da mesma forma, o inciso II do artigo 7º da Lei 9.605/98 preconiza que o intérprete da lei deverá observar os critérios subjetivos consistentes na culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, e ainda, levar em conta os motivos e circunstâncias do crime.

2.2 DOS DESTINATÁRIOS DAS PENAS: PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA

As penas restritivas de direitos aplicáveis à pessoa física previstas no artigo 8º da Lei 9.605/98 são: a) prestação de serviços à comunidade (inciso I); b) interdição temporária de direitos (inciso II); c) suspensão parcial ou total das atividades (inciso III); d) prestação pecuniária (inciso IV) e e) recolhimento domiciliar (inciso V).

As penas aplicáveis à pessoa jurídica previstas no artigo 21 são:

a) multa (inciso I); b) restritiva de direitos (inciso II) e c) prestação de serviços à comunidade (inciso III).

As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica preconizadas pelo artigo 22 são: a) suspensão parcial ou total de atividades (inciso I); b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (inciso II) e c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (inciso III).

Concernente à prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica, preceitua o artigo 23 que consistirá em: a) custeio de programas e projetos ambientais (inciso I); b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas (inciso II); c) manutenção de espaços públicos (inciso III) e d) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (inciso IV).

2.3 PENA E MEDIDA ALTERNATIVA: DIFERENÇAS

É bom lembrar quais as diferenças existentes entre pena e medida alternativa. A pena alternativa significa sanção de natureza criminal que não implique em privação de liberdade como a multa e a prestação de serviço à comunidade. Em crime ambiental, a multa é aplicada à pessoa jurídica (artigo 21, inciso I da Lei 9.605/98) e a prestação de serviço à comunidade, serve tanto à pessoa física (artigo 9º da Lei 9.605/98) quanto à jurídica (artigo 21, inciso III e artigo 23, da Lei 9.605/98).

Por seu turno, medida alternativa é qualquer instituto legal cabível antes ou após a condenação que evite o encarceramento, como a transação penal, a suspensão do processo ou suspensão condicional da pena (sursis). Segundo os ditames da Lei da Natureza em seu artigo 16, os institutos podem ser aplicados em caso de condenação à pena privativa de liberdade não superior a 3 (três) anos.

A respeito dessa diferença, lecionou Gomes (2000, p.25):

Há uma diferença substancial entre penas e medidas alternativas: aquelas são, como nos ensina Damásio de Jesus, sanções de natureza criminal, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas) estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que), visam impedir que ao autor de uma infração penal venha ser aplicada (ou executada) pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero “alternativas penais”.

A diferença entre as duas não reside na gravidade do delito, pois ambas são de menor potencial lesivo. Diferem basicamente no sentido da condenação. A pena alternativa resulta de julgamento e condenação (é emitida carta de sentença), e a medida alternativa não advém de um julgamento e uma condenação.

3. EXCURSO HISTÓRICO

Os iluministas Voltaire, Montesquieu e Rousseau, no século XVIII, argumentavam que toda sanção penal deveria ser proporcional ao delito perpetrado e as circunstâncias pessoais do delinqüente deveriam ser avaliadas. O movimento filosófico-humanitário traçado por esses ícones influenciou a teoria de Cesare Beccaria imortalizada na obra *Dos Delitos e das Penas* (1764).

Seguindo os passos do Marquês de Beccaria que, em 1764, levantou um grande movimento contra a desproporcionalidade das sanções penais, jusfilósofos como o alemão Franz Von Liszt (1899, p. 113), pelos idos de 1811, já apregoavam sobre a necessidade de se encontrar alternativas à pena privativa de liberdade de curta duração. Para o filósofo, essas penas “não corrigem, não intimidam, nem põe o delinqüente fora do estado de prejudicar, e pelo contrário, muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinqüente novel”.

No século XX, Michel Foucault em sua clássica obra *Vigiar e Punir* (1975, tradução de 2004) também questionava se a pena privativa de liberdade teria atingido o objetivo a que se propunha. Ao mesmo tempo, respondia que esta apenas teria atingido o objetivo de estigmatizar, de segregar, de separar o condenado.

Percebe-se que as inquietações dos diversos pensadores alcançaram a Europa do século XX, pois conforme leciona Bittencourt (2000, p. 213), em 1926 a Rússia foi o primeiro país a adotar uma pena alternativa materializada em serviços comunitários; em 1948, a Inglaterra instituiu a prisão de fim de semana, adotada em 1953 pela Alemanha e direcionada aos jovens infratores e, em 1967, o Principado de Mônaco engendrou uma forma fracionada de execução da pena de prisão.

Paulatinamente, a pena foi sendo humanizada e alcançou praticamente todas as nações. Um bom exemplo atual dessa assertiva encontra-se na República de Moçambique, que busca conhecimento e experiências com vistas à implantação do sistema de penas e medidas alternativas. Segundo a Agência CNJ de Notícias (Brasil, 2011, p. 1), em matéria veiculada em 28/09/2011 no Portal do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro (CNJ), a Associação Moçambicana de Juízes (AMJ) esteve junto ao CNJ para discutir o tema porque estava em pauta, na Assembleia Legislativa daquele país, a revisão de seu Código Penal.

As medidas não privativas de liberdade tiveram como antecedente histórico o 6º Congresso das Nações Unidas realizado em Caracas, Venezuela, no ano de 1980, donde foi reconhecida a necessidade de se buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, em virtude dos altos índices de reincidência verificados em estatísticas globais, que recomendavam uma urgente revisão.

As Regras de Tóquio ou Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade foram aprovadas no 8º Congresso da ONU realizado no ano de 1990, traduzindo-se numa carta convocatória aos Estados Membros das Nações Unidas, para que implementassem as medidas e penas alternativas em seus ordenamentos jurídicos.

O cenário das medidas não privativas de liberdade, instituído por recomendação das Regras de Tóquio, é o quadro onde se situa a política criminal brasileira de apuração de crimes ambientais de menor potencial lesivo implementada com a Lei dos crimes ambientais.

4. MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

A implementação das soluções alternativas à prisão no Brasil foi reforçada pela Convenção da ONU (Regras de Tóquio, 1990), cujo objetivo era promover a ressocialização do condenado, sem necessidade do

encarceramento e/ou da segregação, o que se resume na seguinte lição de Gomes (2000, p. 25-26): “[...] o que as Regras de Tóquio pretendem estimular, destarte, é a criação, aplicação e execução de medidas alternativas à prisão, devendo-se conceber a locução ‘medidas não privativas de liberdade’ em seu sentido lato, abrangente”.

O Código Penal de 1940 não previa alternativas à prisão, sequer previsões voltadas à humanização da execução da pena.

Verifica-se na Lei 6.416/77 um embrião da trajetória de humanização da pena, ao instituir o sistema progressivo de penas através dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Todavia, soluções alternativas à prisão vieram somente com a reforma do Código Penal de 1984 e com a edição da Lei de Execução Penal (7.210/84).

Na década de 90, o Brasil viveu um período de tensão jurídico-penal por conta de alguns fatos sociopolíticos que levaram à criação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), visando uma maior penalização ante a ojeriza causada por aqueles crimes, atendendo o clamor social.

Após esse período de endurecimento, seguiu-se uma linha de flexibilização da pena com a edição da lei 9.714/98 que trouxe o benefício da elevação do limite da substituição para as penas não superiores a quatro anos aliada à então vigente Lei dos Juizados Especiais (9.099/95).

Com a edição da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, foi dado novo tratamento penal a algumas condutas já previstas no codex, definindo, de maneira objetiva quais os crimes ambientais e as sanções aplicáveis, disciplinando o preceito constitucional contido no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

A prerrogativa das penas e medidas alternativas, apregoada na atualidade, também fora preconizada por Beccaria, em sua obra doutrinária *Dos Delitos e das Penas* (1999, p.p 52-54): “para a prevenção do crime, mais importante que a gravidade da sanção penal, é a celeridade e a certeza de sua aplicação”. No mesmo sentido, propugnava por um dos princípios basilares dos JECRIM’s (Juizados Especiais Criminais), instituídos pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, que é o da busca rápida da prestação jurisdicional através da celeridade.

Em sede de crimes ambientais é aplicável o instituto da transação penal previsto no artigo 27, direcionado aos crimes com pena máxima não superior a dois anos (são as chamadas infrações de bagatela), onde é feita a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, esta última prevista no artigo 76 da lei dos JECRIM’s (9.099/95), que conduz à celeridade do procedimento. Mas, para ser aplicado o instituto, é exigida a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

A suspensão do processo de que trata o artigo 89 da lei 9.099/95 será aplicada na seara ambiental (9.605/98), requerendo a constatação da reparação do dano ambiental (artigo 28, inciso I da 9.605/98), além das ressalvas expressamente previstas nos incisos I a V do mesmo artigo 28. Ocorre que a reparação do dano ambiental pode levar tempo, não se coadunando com o princípio da celeridade. Sem embargo, alternativas à solução da controvérsia estão previstas nos incisos seguintes (II, IV e V) do dito artigo 28 e sem dúvida, também são contrárias ao referido princípio.

Essas duas situações descritas ocorrem porque passaram a reinar dois diplomas legais a serem conciliados e aplicados ao crime de menor potencial lesivo ao ambiente: a Lei 9.099/95 com os princípios contidos no artigo 2º (oralidade, celeridade, informalidade, etc), e as exigências preceituadas pelos artigos 27 e 28 da Lei Ambiental 9.605/98 (prévia composição do dano ambiental e laudo de constatação de

reparação do dano ambiental).

Como conciliar princípios de celeridade com exigências legais que requerem um tempo maior para serem satisfeitas? Ocorre um conflito de normas e a solução deve ser construída na prática através de interpretação hermenêutica.

Durante a pesquisa bibliográfica foram encontrados vários estudos versando sobre o tema das medidas não privativas de liberdade, sob os mais diversos enfoques. Existem alguns que defendem penas cada vez mais severas e o aumento das hipóteses de prisão, contra aqueles que entendem que a privação de liberdade só deve ser aplicada para os crimes mais violentos, posição dos que são defensores de um direito penal mínimo, campo onde se enquadram as penas e medidas alternativas.

5. APLICAÇÃO DA LEI DA NATUREZA EM CRIME AMBIENTAL DE MENOR POTENCIAL LESIVO: REFLEXÕES SOBRE A SUA APLICABILIDADE NA COMARCA DE MACAPÁ-AP

A Lei da Natureza definiu os crimes ambientais, imprimindo-lhes graduações e prevendo as atenuantes e agravantes. No material bibliográfico visitado, foram encontradas diversas críticas à nova lei, uma delas versando sobre inobservância do princípio valorativo do Direito Penal, eis que teria o legislador preconizado o encarceramento do agente poluidor somente em casos excepcionais, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na maioria das penas previstas.

Vê-se que a opção do legislador da normativa ambiental, pelo não encarceramento, imprimindo à grande maioria dos crimes ambientais a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito, seguiu a moderna tendência do Direito Penal, homenageando, dentre outros princípios, o da proporcionalidade, que significa que a pena deve ser aplicada conforme a culpabilidade do agente, em concordância com o ensinamento de Jesus que “a culpabilidade é a medida da pena” (1999, p. 11).

O legislador levou em conta ainda a premissa maior de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental da humanidade e, se puder ser recomposto, tanto melhor. O direito a um ambiente sadio se confunde e, ao mesmo tempo, é também direito humano. Logo, a violação ao meio ambiente implica na violação de direitos humanos (direito à vida, à saúde, ao meio ambiente saudável, etc).

Antes do advento da Lei dos Crimes Ambientais não era possível a aplicação direta de pena restritiva de direito ou multa. Atualmente, aplicam-se imediatamente as penas alternativas e a multa, desde que constatados os danos. Da mesma forma, antes não era possível aplicar penas alternativas para crimes que previam pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos. Com a mudança da lei, penas de prisão de até quatro anos podem ser substituídas por alternativas penais.

Como dito anteriormente, a normativa ambiental, antes esparsa e de dificultosa aplicação, reuniu na Lei da Natureza a definição objetiva dos crimes ambientais e das sanções aplicáveis.

Dentre outras importantes inovações, destacam-se a responsabilização criminal da pessoa jurídica; a reparação do dano ambiental como variável que extingue a punibilidade; a possível aplicação direta de pena restritiva de direito ou multa a partir da constatação do dano ambiental e a aplicação das penas alternativas para crimes com pena privativa de liberdade aplicada até 4 (quatro) anos.

A missão prioritária das alternativas à prisão é a ressocialização. Entrementes, apregoam os seus defensores, uma ressocialização verdadeira, avessa àquela apregoada pelo sistema penal retributivo. A função das Varas de Execução de Penas e Medidas Alternativas, durante o curso das reprimendas impostas, é possibilitar ao cumpridor da medida entender o caráter da sanção aplicada, com base em conceitos e

noção de justiça, levando-o à reflexão sobre sua relação com o meio ambiente visando o desenvolvimento de atitudes positivas diante da natureza. O destinatário é chamado de beneficiário ou cumpridor porque recebe/usufrui benefício ou vantagem, é dizer, cumpre a sua pena sem que seja recolhido a um estabelecimento prisional.

Feita a análise de cada caso, o cumpridor da medida ambiental é encaminhado para prestá-la em parques, jardins públicos e áreas de conservação de acordo com o artigo 9º da Lei Ambiental. Se for pessoa jurídica, a prestação se dará na forma de custeios a programas ambientais, contribuições a entidades ambientais, recuperação de áreas degradadas e manutenção de áreas públicas. Na Comarca de Macapá na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas - VEPMA, em recente pesquisa realizada pela autora do presente artigo, verificou-se que os encaminhamentos não obedecem aos ditames legais. Seja porque não existem entidades conveniadas voltadas ao meio ambiente ou as que existem estão localizadas em pontos distantes e de difícil e dispendioso acesso aos cumpridores, seja porque, há carência de conhecimento e treinamento dos responsáveis pelo encaminhamento quanto à aplicabilidade da norma no sentido de extrair o máximo de sua eficácia.

Nesse procedimento de execução e acompanhamento, a equipe técnica judicial realiza um monitoramento das instituições e entidades parceiras, não só no sentido do fiel cumprimento, mas principalmente visando que a medida seja eficaz. De acordo com o levantamento realizado, para obtenção de resultados mais satisfatórios e eficazes, variáveis como comprometimento e alto grau de responsabilidade necessitam ser reavaliadas.

Aliado a isso, constatou-se através de observação “in loco” e de enquetes, que há problemas de ordem estrutural e gerencial, pois somente 01 (uma) viatura é disponibilizada para realização das diligências e não existem projetos complementares capazes de extrapolar o controle do cumprimento da medida, visando trabalhar valores como solidariedade e cidadania, pois a medida deve ser dotada de conteúdo conscientizador, formador de reflexões e novos conceitos denegadores da variável reincidência.

Existem experiências fantásticas pelo Brasil afora publicadas no Manual Melhores Práticas de Penas e Medidas Alternativas (2011, 1ª edição). Um excelente exemplo é o Programa de Escolarização voltado aos cumpridores de LFS - Limitação de Fim de Semana (Fortaleza/CE), que ao se voluntariarem à proposta de escolarização, são beneficiados também com a remição em suas penas de PSC na razão de 1/3 das horas presenciais dedicadas às atividades educacionais.

Na Comarca de Macapá, não existem albergues para o cumprimento da LFS, ficando os cumpridores adstritos ao recolhimento domiciliar (art. 13 da Lei 9.605/98) tornando inviável a mensuração de dados porque não há uma fiscalização, acompanhamento ou monitoramento do cumprimento dessa alternativa. Na seara ambiental, não é exigida fiscalização, mas Entidades alternativas propícias como o SEST/SENAT (Serviço Social do Transporte e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte) ou instituições de ensino da rede pública que funcionam aos finais de semana são boas opções para ministração de cursos e palestras. Porém, falta iniciativa dos Órgãos responsáveis para firmar convênios de cooperação nesse sentido.

A Lei 9.605/98 definiu de maneira objetiva quais os crimes ambientais e as sanções aplicáveis, imprimindo-lhes graduações e prevendo as atenuantes e agravantes, todavia, como bem refletiu Milaré (2000, p. 368), a lei embora não seja a melhor possível, apresentando ao contrário, defeitos perfeitamente evitáveis, representa um avanço na proteção ao meio ambiente, mas cumpre aos tribunais aparar as suas arestas, criando jurisprudência que consolide interpretações mais razoáveis.

O caráter das penas e medidas alternativas é, relevantemente, sócio educativo e menos

punitivo. De acordo com as observações feitas, falta capacitação técnica nessa via de reflexão. A atuação sociopsicopedagógica deve ser uma práxis cotidiana, não um “fazer” teoricista, robotizado e minimalista.

A resposta dos cumpridores ou beneficiários quanto ao fiel cumprimento da medida revela-se com conceito bom, muito mais por um caráter temerário que reveste o encaminhamento daquele, do que por um caráter conscientizador e educador.

Dados firmados em relatórios sociopsicopedagógicos elaborados por técnicos de diversas Varas de Execução de Penas e Medidas Alternativas compartilhados em congressos nacionais, revelam a ausência de um processo educativo ambiental, que no caso brasileiro, é histórico.

6. ALGUMAS VANTAGENS E DESVANTAGENS DAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Refletindo sobre o posicionamento acerca de algumas vantagens e desvantagens apresentadas pelo Juiz de Direito e Mestre em Direito Público, Lima (2001, p. 7-8), atuante na seara de execução de penas e medidas alternativas, destacam-se duas vantagens e duas desvantagens que reputam-se como sendo o retrato fiel da realidade, fruto de observação “in loco”. São elas:

- A) evitar o encarceramento, diminuindo a população carcerária, que segundo o Ministério da Justiça gira em torno de 573.790 presos. Atualmente, em torno de um milhão de pessoas cumprem penas restritivas de direito no Brasil;
- B) evitar o convívio com o sistema prisional e com delinquentes de maior periculosidade, o que pode vir a causar danos de difícil reparação;
- C) falta de conscientização do beneficiário de que ele está cumprindo uma pena e que se houver descumprimento poderá ser preso;
- D) a falta de uma maior estrutura logística e de pessoal técnico capacitado para um efetivo monitoramento das Entidades parceiras pelo Judiciário.

A política do não encarceramento impede o convívio com o ambiente pernicioso das prisões, e consequentemente previne a ocorrência de danos irreversíveis ou de difícil reparação.

A falta de conscientização do real sentido e valor da substituição da pena privativa de liberdade por uma pena ou medida alternativa, reclama um processo de implementação das medidas aplicadas (em nível estrutural e técnico), pela falta de projetos complementares que vão além do cumprimento da pena na Comarca de Macapá.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação das penas e medidas alternativas em crime ambiental não obedece aos preceitos do artigo 9º da Lei 9.605/98. A eficácia da medida ambiental aplicada perpassa em grande medida pela educação, em sentido difuso. A prestação de serviço em parques públicos (pessoa física) ou o custeio de programas ambientais (pessoa jurídica), dissociada de um processo educacional com intenções e escopos definidos acaba gerando um sentimento de menor importância direcionado ao meio ambiente.

Esse quadro se agrava quando a medida é prestada em locais diversos daqueles previstos no artigo 9º da norma ambiental, como ocorre na Comarca de Macapá, onde os cumpridores são encaminhados para hospitais, escolas e postos de saúde, dificilmente para parques, jardins públicos e áreas de conservação.

As alternativas penais não são a solução para todos os crimes e para superpopulação dos presídios. Contudo, a violência, a criminalidade, a degradação do meio ambiente, entre outros, também não serão superados com a aplicação de uma legislação mais severa. É necessário o desenvolvimento de programas eficientes de geração de emprego e renda, melhoria da escolarização incluindo a educação ambiental, etc.

Especificamente na seara ambiental, percebe-se uma grande carência de políticas voltadas à educação ambiental. Sem embargo dos avanços alcançados, o Brasil, nação rica em recursos naturais, não possui uma cultura voltada à preservação ambiental.

Propõe-se um projeto de educação ambiental que pode ser desenvolvido, por exemplo, por meio da ecopedagogia, que é uma união entre os saberes da ecologia e da pedagogia, teoria em construção, apresentada por educadores como Leonardo Boof (1999).

Entende-se que a tutela jurisdicional ambiental, não está afeta apenas à criminalização da conduta lesiva, pois o autor do delito ambiental também é vítima, eis que membro da coletividade. Antes, a tutela jurisdicional deve ser sanção educativa, socialmente útil, ressocializadora e preventiva, que está necessitada de uma efetiva intercomplementariedade de propósitos e ações entre Executivo, Judiciário e Sociedade. A execução da pena e medida alternativa em Macapá está restrita ao simples encaminhamento e acompanhamento pela VEPMA.

Verificou-se a não existência oficial de estatísticas consolidadas sobre o cumprimento de penas e medidas alternativas por Estado da região norte amazônica. Na Comarca de Macapá-AP não existem estatísticas oficiais sobre o cumprimento de penas e medidas alternativas nos diversos tipos de crimes, quiçá no crime ambiental, o que inviabiliza a avaliação de resultados.

Os crimes ambientais de menor potencial lesivo tem incidência menor que os demais crimes (furto, trânsito, lesão corporal, violência doméstica, etc), incluindo a variável reincidência. Não foi detectada reincidência em crime ambiental nas enquetes junto aos cumpridores que cumpriram mais de uma medida, corroborando a hipótese que as penas previstas pela norma legal são dotadas de conteúdo temerário capaz de inibir a prática da conduta lesiva ao meio ambiente.

É cediço que o sistema carcerário brasileiro atingiu limite extremo de superlotação. O encarceramento, ao longo de sua história tem mostrado mais resultados negativos do que positivos e a política criminal vigente veio como resposta a essas questões. As alternativas penais tem sido uma solução recorrente utilizada pelo judiciário brasileiro, inclusive, em crime ambiental, justamente pelo caráter humanitário que carregam em seu bojo.

A Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu o Sistema Brasileiro de Penas e Medidas Alternativas como uma boa prática para redução da superlotação carcerária, mas só será possível constatar a participação do Estado do Amapá nesse cenário positivo a partir de dados estatísticos que não foram levantados e estão entesourados em suas Comarcas.

Firma-se a premissa de que é melhor evitar o encarceramento com medidas que educam, e isto se abstrai dos relatos de alguns beneficiários que cumpriram penas e medidas alternativas na Comarca de Macapá através da VEPMA, posto que é neste tipo de espaço que se oportunizam as reflexões e a tomada de consciência dos sujeitos. Também se faz necessário combater e não deixar que se perpetue um sentimento de impunidade que tem sido comumente apregoado, principalmente pelos meios midiáticos.

No crime ambiental de menor potencial lesivo, que é resultante em grande medida, da ausência de um processo educativo ambiental que é histórico, medidas que educam podem surtir o efeito esperado. Esses efeitos podem ser mensurados mais adiante por outras pesquisas, uma vez que a aplicação de alternativas penais em crime ambiental é relativamente recente e carece de levantamento de dados estatísticos.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: Ética do humano, compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

COPOLA, Gina. **A Lei dos Crimes Ambientais Comentada** Artigo por Artigo. 2ª. Ed., revista e atualizada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Tradução de Raquel Ramalhete**. 29ª edição. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direito dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES, Luis Flávio. **Penas e Medidas Alternativas a Prisão**. 2ª. Ed. Vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damasio E. **Direito Penal. Parte Geral**, 26ª ed., v.I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Penas e medidas alternativas: avanço ou retrocesso?**, in www.direitocriminal.com.br, 08.06.2001 Parte 1. Acessado em 09/09/2012.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

MANUAL DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS. 1ª Ed. Belém: Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 2007.

MANUAL DEZ ANOS DA POLÍTICA NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Portal do Conselho Nacional de Justiça - Agência CNJ de Notícias. Disponível em: www.cnj.jus.br/.../16125:magistradas-de-mocambique-discutem-pena. Acessado em: 28/09/2011.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Tatiana C. dos Reis Filagrana*¹⁸¹

RESUMO

Este trabalho visa fazer uma análise a respeito do surgimento, evolução e conceito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua relação com os direitos fundamentais elencados na Carta Magna de 1988. Objetiva-se fazer um estudo tangente a importância da dignidade da pessoa humana, que foi alcançando mais espaço na legislação de acordo com a evolução histórico-social, até chegar a ser inserida no texto constitucional de 1988 como um dos princípios fundamentais do Ordenamento Jurídico. No mesmo sentido, será abordado de forma clara e suscita, utilizando-se para o presente estudo a metodologia qualitativa, a respeito das gerações dos direitos fundamentais e sua inserção na Constituição Federal de 1988, contemplando o método dedutivo. Nas considerações finais extrai-se a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, e qual é o ponto de interseção entre os mesmos.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Constituição Federal de 1988.

181 Mestranda do Curso de Ciência Jurídica, da instituição Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, professora universitária no Curso de Direito – UNIASSELVI (Blumenau e Guarimirim/SC). Autora do livro: Responsabilidade Civil nos Casos de Alienação Parental (reeditado pela Ed. Vox legem – Florianópolis/SC). Autora do livro de Estudos: Legislação Empresarial (Curso Ensino à Distância – UNIASSELVI – Blumenau/SC). Palestrante em congressos de Direito de Família (Brasil e Portugal).

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, embora seja uma tarefa árdua conceituá-la, refere-se à valorização das pessoas como seres detentores de direitos e obrigações. Trata-se de um atributo do ser humano, cabendo ao Estado o dever de protegê-lo, tendo em vista que todos têm o direito de ser respeitado.

Neste sentido, toda a forma de depreciação ou de redução do homem, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto de Direito é vedada, não havendo sequer alguma possibilidade de se rebaixar qualquer ser humano. (NOBRE JÚNIOR, 2000).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi sendo “construído” ao longo dos anos, eis que, na antiguidade, apenas as pessoas com o status social elevado é que seriam dignos, ou seja, a dignidade estava atrelada à comunidade que o cidadão estava inserido. Com o passar dos anos, este conceito foi sendo modificado, tornando-se a base da nossa Carta Magna, elencado no art 1º, III. Pertinente aos direitos fundamentais, estes foram ganhando espaço a partir de grandes reivindicações da sociedade, ou seja, foram sendo positivados aos poucos.

Na Constituição Federal de 1988 são encontrados os direitos fundamentais, destacando-se o título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Coelho (2009, p. 214) exprime que os direitos fundamentais são componentes de um regime democrático livre, sendo sua principal função possibilitar a existência e proteger a permanência deste regime.

O presente trabalho visa demonstrar a evolução e formas de conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, frisa-se não é uma tarefa fácil, principalmente, por ser a dignidade um atributo intrínseco ao ser humano, não existindo um único conceito, mas sim, inúmeros conceitos, de acordo com os vários entendimentos doutrinários, conforme serão expostos no presente artigo científico.

Analisar-se-á as gerações pelas quais passaram os direitos fundamentais constitucionais: primeira, segunda, terceira, quarta e quinta gerações, embora estas duas últimas ainda não tenham um reconhecimento jurídico.

Por fim, sendo o ponto central do presente estudo e sua justificativa, estudar a interseção do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, utilizando como referência a metodologia qualitativa, através do método dedutivo.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EVOLUÇÃO E CONCEITO

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana remonta a ideia de proteção, sendo a base atualmente, de todo o sistema constitucional brasileiro.

De acordo com as palavras de Fiorillo (2007, p.11), a Constituição deve trazer o princípio da dignidade humana como princípio fundamental para a convivência em sociedade. Assegurar à humanidade condições para continuar a existir neste frágil planeta corresponde a uma exigência ética, positivada de maneira muito explícita na Constituição de 1988. Opção de todo compatível com a dignidade conferida pela ordem jurídica ao ser humano. A dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio fundamental da república do Brasil. É o norte inspirador de toda atuação – de Estado e Cidadania - na Democracia Participativa.

A Dignidade da Pessoa Humana foi tratada como princípio, inicialmente, na Declaração Universal da ONU, em 1948, onde passamos a nos inserir num cenário de proteção ao indivíduo.

Moraes assevera que (2003, p. 117) a dignidade da pessoa humana tem um papel de suma importância para o Estado Democrático de Direito, sendo a imposição de limites aos poderes estatais, com o advento da Declaração Universal da ONU, em 1948, um meio eficaz para a convivência dos indivíduos em um ambiente de paz, segurança e, principalmente, dignidade em suas vidas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Salutar mencionar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais, tendo em vista que estes também conquistaram seu espaço de acordo com a evolução da sociedade e, conseqüentemente das leis.

Analisa-se os ensinamentos de Sarlet (2015, p. 38) pertinentes à evolução da dignidade da pessoa humana e conclui-se que o valor fundamental da dignidade humana assumiu articular relevo no pensamento tomista, incorporando-se a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico Della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de um valor natural, inalienável e incondicionado como cerne da personalidade do homem.

Como bem destaca Sarmento (2004, p. 375), os direitos fundamentais constituem, bem como a democracia, um reflexo do constitucionalismo contemporâneo. Direitos estes conquistados através de grandes lutas, visando a afirmação da dignidade humana.

Ressalta-se que a dignidade remonta um valor supremo do ser humano, ou seja, é a base para o Direito moderno.

Dworkin (1998, p. 307-310) ao tratar do conteúdo da dignidade da pessoa humana, menciona que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização dos fins alheios, eis que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.

Neste mesmo sentido, Rosenvald (2005, p. 08), cita Flórez Valdés (1990), para lembrar que, a dignidade da pessoa humana é a razão de ser do direito e fundamento da ordem política e paz social. Todo direito é constituído para servir ao homem (...). A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico.

Assim, temos que a dignidade da pessoa humana, apesar de não existir um conceito definitivo, mas trata-se de um princípio que norteia todos os demais, eis que é a base, inclusive para nossa Constituição Federal de 1988.

De suma importância mencionar o entendimento de Sarlet (2005, p. 45-46), onde este assevera que o elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que são considerados mais vulneráveis pela sociedade, ou seja os doentes físicos ou mentais. A dignidade é a constante procura da “vida humana pura”.

A dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de princípio fundamental, sendo o principal direito constitucional, servindo de base para todos os demais direitos individuais, garantidos pela Carta Magna. (NUNES, 2009, p. 47).

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram sendo reconhecidos à medida em que o Estado também foi evoluindo, formando um Estado Democrático. A evolução dos direitos fundamentais seguiu alinhada ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2015, p. 36-37) observa que as gerações (ou dimensões) passam a ser analisadas com uma maior relevância a partir da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições, tendo em vista às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como as mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados.

Na tentativa de conceituar direitos fundamentais, Martínez (1995) leciona que os direitos fundamentais são representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que deve orientar o sentido de uma vida estatal contida em uma Constituição.

Nessa linha de raciocínio, Dimoulis e Martins (2007, p. 54) exprimem que, direitos fundamentais são direito público-subjetivos de pessoas (física ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Na Constituição Federal de 1988 são encontradas em diversas partes do texto constitucional, destacando-se o título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Assim, tem-se que direitos fundamentais são direitos de suma importância para vida em sociedade, cabendo ao Estado respeitá-los e protegê-los.

Conforme aponta Sarlet (2007, p. 56), os direitos fundamentais traduzem valores que o Estado deve respeitar, mas, acima de tudo, promover e proteger para que assim, alcance todo o ordenamento jurídico – público e privado – deixando de ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado.

Ressalta-se que, a religião e a filosofia do mundo antigo influenciaram no entendimento de que o homem possui direitos inalienáveis e naturais, tais como, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade. (SARLET, 2015, p. 38)

A Reforma Protestante foi de suma importância no surgimento dos direitos fundamentais, eis que, a partir deste fato histórico houve a reivindicação da liberdade religiosa e de culto em diversos países da Europa.

3.1. As Dimensões dos Direitos Fundamentais

A primeira dimensão dos direitos fundamentais remonta uma fase individualista, de abstenção estatal, a ideia era que o Estado não intervisse nas reivindicações burguesas.

Bonavides (1997, p. 517) classifica essa fase como sendo tais direitos de defesa, eis que demarcam uma zona de não intervenção do Estado, remontando uma esfera de autonomia individual. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo” uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência” ou de

oposição perante o Estado.

No mesmo sentido, temos que o surgimento desses direitos fundamentais da primeira dimensão nasce através da doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, onde seus precursores foram Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, segundo a qual a finalidade do Estado consistia na realização da liberdade do indivíduo, marcando o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas no Ocidente. (SARLET, 2015, p.46)

Em um segundo momento, na fase da segunda dimensão, enfatiza-se os direitos econômicos, sociais e culturais, onde tem-se um ativismo por parte do Estado, buscando a liberdade e igualdade. A intervenção estatal passa a ser de suma importância para a realização da justiça social.

Conforme menciona Gomes e Freitas, em seu artigo jurídico, Direitos Fundamentais e Dignidade Humana (2010), o declínio do Estado Liberal, traz consigo o chamado Welfare State (Estado Social), cujo objetivo primordial era minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida. Tem-se, nesse momento, um Estado intervencionista e assistencial, que adotava práticas no campo social, sendo estes direitos chamados de sociais.

Lafer (1991, p. 127) coloca-se na mesma posição quando infere que não há uma preocupação em evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”.

Destaca-se que estes direitos fundamentais de segunda geração estão interligados à noção de princípio da igualdade, pois busca-se não somente a liberdade, mas a igualdade no sentido material. O cunho positivo desses direitos fundamentais marca o a distinção dessa fase em relação à primeira geração.

Sarlet (2015, p. 47) aponta que a industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, geraram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social no decorrer do século XIX.

As liberdades sociais são apontadas como direitos de cunho positivo, onde cita-se como exemplos: liberdade de sindicalização, direito de greve, reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores – férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação de jornada de trabalho.

Destarte essa segunda geração foi caracterizada por ser a geração da incidência do princípio da justiça social, atendendo às reivindicações da classe operária.

Os direitos da terceira geração caracterizam-se por refletirem diretamente no âmbito coletivo, há um desprendimento do indivíduo como único titular de direitos, de forma particular, são os direitos da solidariedade e fraternidade. Identifica-se como exemplos de direitos dessa terceira geração: os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida. Também não podemos esquecer do direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Bonavides (1997, p. 523) assevera a respeito dos direitos de terceira dimensão, que estes têm destinatário precípua o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta.

Enfaticamente Sarlet (2015, p. 48) descreve que tais direitos se desprendem, em princípio, da figura homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

De suma importância mencionarmos o entendimento de Luño (1991, p. 206):

Os direitos fundamentais da terceira dimensão podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado

de “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nessa perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (que já foi considerado como direito de terceira geração pela corrente doutrinária que parte do critério da titularidade transindividual), bem como o direito de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação etc., mas que – em virtude de sua vinculação com os direitos de liberdade (inclusive de expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Deste modo, observa-se que todos esses direitos fundamentais conquistados nesta terceira geração possuem uma ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, por estarem esses direitos atrelados à uma ideia respeito e proteção ao coletivo.

A existência de uma quarta ou quinta geração de direitos fundamentais ainda é alvo de vários posicionamentos doutrinários, eis que estes direitos ainda não são reconhecidos pelo direito pátrio e internacional.

Os direitos fundamentais da quarta geração, assim, como os da terceira geração teriam como base o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que se referem aos valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade).

Bonavides (2001, p. 50), defende a existência desta quarta geração, sendo esta o resultado da globalização do estado Social, composta pelos direitos à democracia (no caso, democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo. Ressaltando ainda, que, alguns destes direitos, notadamente os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, se encontram consagrados em nossa Constituição, de modo especial no preâmbulo do Título dos Princípios Fundamentais, salientando-se, todavia, que a democracia erigia à condição de princípio fundamental pelo Constituinte de 1988 é a representativa, com alguns ingredientes, ainda que tímido, de participação direta.

Assim sendo, analisa-se que os direitos fundamentais da quarta geração refere-se à globalização, entretanto tal geração ainda não teve destaque em nosso Ornamento Jurídico, bem como de âmbito internacional, sendo ainda uma esperança objetivando um futuro melhor.

Outros autores, ainda fazem menção a uma quinta geração de direitos, onde estes também estariam ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo também muito próximos aos direitos fundamentais da terceira e quarta geração.

Sendo o entendimento de Oliveira Junior (2000, p. 97), no sentido de que os direitos de quarta e quinta gerações representam novas possibilidades e ameaças à privacidade, liberdade, enfim, novas exigências da proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente no que diz com os direitos de quarta geração (relacionados à biotecnologia).

Deste modo, analisa-se que os direitos fundamentais da quinta geração, defendida por alguns autores, Oliveira Junior, por exemplo, assegura o direito à paz, também conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INTERSEÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A dignidade da pessoa humana teve seu significado alterado de acordo com a evolução da sociedade, passando de um conceito bíblico para um conceito jurídico.

Sarlet (2001, p. 29-37) aponta que a dignidade expressa um valor intrínseco ao ser humano, sendo o caráter a chave-mestra do homem, tendo em vista que, de acordo com os escritos bíblicos, o homem é a imagem e semelhança de Deus.

Assim, tem-se que a dignidade é intrínseca ao ser humano, sendo a mesma limitada, no sentido de não afetar a dignidade de outra pessoa.

Kant (2006, p. 134) aborda a dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. Segundo a teoria da autonomia da vontade o ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Logo, todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias.

Neste mesmo sentido, de acordo com Reale (1996, p.277), é oportuno destacar três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Para o individualismo, o homem, cuidando dos seus próprios interesses, indiretamente, protege e realiza os interesses coletivos.

No transpersonalismo é o contrário: deve-se realizar o bem coletivo para salvaguardar os interesses individuais. Inexistindo harmonia entre o bem do indivíduo e o bem do todo, preponderam os valores coletivos.

O personalismo refuta as concepções individualista e coletivista. É um “meio termo”, ou seja, não há de se falar em predomínio do indivíduo ou do todo. Busca-se a solução na compatibilização entre os valores, considerando o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo.

Mas, onde a dignidade da pessoa humana liga-se aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988?

Quando a nossa Carta Magna eleva o princípio da dignidade da pessoa humana como preceito fundamental, temos que cabe ao Estado proteger os valores individuais e coletivos de todas as pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana torna-se também a base do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os direitos fundamentais constitucionais.

Segundo Jesus (2004, p. 244), a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito.

De suma importância frisarmos que a dignidade por ser um princípio fundamental, elencado na Constituição Federal, é a base de todas as demais normas.

Ao fazermos uma análise da nossa Carta Magna, observamos que a dignidade da pessoa humana pode ser classificada em níveis, dentro do nosso sistema constitucional, conforme preconiza Medeiros (2008, p. 28-41), sendo estes:

Em nível I, no seu preâmbulo, a Constituição faz menção ao Estado Democrático de Direito como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais.

Em sequência, no artigo 1º, incs. I e II e no artigo 170, caput, verifica-se a incumbência da ordem econômica em assegurar a todos uma existência digna.

No artigo 226, §7º, foi dado ênfase a família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Em nível II, o artigo 3º, inc.III e o artigo 23, inc.X, apresentado como “dos objetivos fundamentais”, é o responsável pela afirmação da “exterminação da pobreza e das desigualdades sociais”.

No nível III, a Carta Magna traz, em seu artigo 6º o mínimo que cada indivíduo necessita: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Portanto, analisa-se que há uma interseção entre os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a própria Constituição insere a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana enquanto princípio inserido na Constituição Federal de 1988, alcança o patamar ser a base do sistema jurídico, bem como os direitos fundamentais constitucionais, cabendo ao Estado o dever de proteger os indivíduos, concedendo-lhes uma vida digna, com respeito, fazendo com que a justiça social não seja apenas um sonho distante de ser alcançado.

Considera-se, diante do que foi exposto, que até mesmo nos primórdios dos tempos a honra e a nobreza eram respeitadas pelos grupos que formavam a sociedade. Mesmo não tendo um conceito exato a respeito da dignidade da pessoa humana, mas estava presente no íntimo dos indivíduos esse preceito fundamental.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana deve figurar como valor jurídico supremo, pois ela é a base das pretensões essenciais e o fundamento de uma constituição operante, sendo a base do Direito moderno.

A relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitucionais é que ambos fazem parte do mesmo ordenamento jurídico, sendo sua base. O respeito aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 são de suma importância, no sentido de que estes protegem o ser humano tangente à sua liberdade, sua al e dignidade.

Conclui-se pela necessidade de ser feita uma reflexão sobre como estamos tratando os indivíduos, estamos respeitando a sua dignidade, como queremos que nos respeite, afinal de contas, a convivência harmônica na sociedade depende de todos nós!

REFERÊNCIAS

ALARCÓN. Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano: e Sua Proteção na Constituição Federal** de 1988. São Paulo: Método, 2004, p. 244.

Boanvides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 517-523.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 214-243, abr./jun. 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais** –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1998, p.307-310.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. p. 11. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLÓREZ VALDÉS apud ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 08.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. **Direitos Fundamentais e Dignidade Humana**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404>. Acesso em 25 de fevereiro de 2017.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. **Constitución y derechos fundamentales**. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., ano XVIII, n. 84, set./dez. 1995. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2017

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006, p. 134.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 127.

MEDEIROS, Benizete Ramos. **Trabalho com Dignidade: Educação e Qualificação é Um Caminho?** São Paulo: LTR, 2008, p. 28-41.

MORAES, Maria Celina Bondin. **O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: SARLET, Ingo Wolfgang, org. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/161>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 97.

- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36-38.

- _____ **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional.** Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 45-46.

- _____ **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 352, p. 45-94, fev. 2007b.

- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crise e desafios da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.